EDGARDO ALBERTO DONNA

Teoría del delito y de la pena

1

Fundamentación de las sanciones penales y de la culpabilidad

2ª edición actualizada y ampliada

ASTREA

EDGARDO ALBERTO DONNA

Doctor en derecho. Profesor titular en la Facultad de Derecho, Universidad de Belgrano. Profesor ordinario y de posgrado en la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Profesor ordinario en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Mendoza. Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Ex becario de la Alexander von Humboldt-Stiftung, Instituto de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Criminología, Universidad de Erlangen-Nürnberg, y de la Deutscher Akademicher Austausch Dienst, Universidad de Köln.

Teoría del delito y de la pena

1

Fundamentación de las sanciones penales y de la culpabilidad

2ª edición actualizada y ampliada

EDITORIAL ASTREA
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA
BUENOS AIRES
1996

1ª edición, 1992.
2ª edición, 1996.

© EDITORIAL ASTREA
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA S.R.L.
Lavalle 1208 - (1048) Buenos Aires

ISBN: 950-508-371-8 (obra completa)
950-508-372-6 (tomo 1)

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
IMPRESO EN LA ARGENTINA

PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

Es nuestra intención la de estructurar una fundamentación de las sanciones penales, junto con una teoría del delito que esté de acuerdo con los principios básicos del Estado de derecho liberal-democrático, tal como lo expusimos en el prólogo a la primera edición. Hemos logrado, después de mucho esfuerzo, dar a luz ya dos tomos de esta obra, y, ahora, esta segunda edición del primero de ellos, que tiene algunos cambios que consideramos, en parte, sustanciales.

Modificamos algunos temas, especialmente los que están incluidos en los capítulos Primero y IV, además de haber excluido uno de los apéndices, referido a la capacidad de culpabilidad, cuestión que analizamos con mayor amplitud en el tomo segundo.

En el primer capítulo dimos mayor desarrollo a la fundamentación de las sanciones penales, particularmente al significado de la ley previa, y a todas sus consecuencias en su derecho penal que respete la dignidad del hombre.

En cuanto al fundamento real, proponemos al lector un análisis de la teoría desarrollada por Lombroso, ya que tenemos el convencimiento que todas las teorías peligrosistas actuales tienen como sustento las investigaciones de este médico italiano.

Respecto del fundamento de conocimiento, ampliamos el tratamiento de la teoría de las prohibiciones de prueba –incluyendo los últimos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación–, que si bien es un tema que pertenece al derecho procesal, tiene relación con las sanciones penales y su fundamentación, debido a que consideramos que la búsqueda de la verdad real en el proceso penal tiene sus límites en un Estado de derecho, límites que están dados por la dignidad del hombre, reconocida tanto por la Constitución nacional como por los tratados internacionales sobre derechos humanos incorporados a ella.

En lo referente al fundamento final o teológico, profundizamos la explicación de la teoría kantiana, intentando responder a las críticas que la teoría retributiva ha sufrido, especialmente en cuanto a la pena de muerte, sin advertir que las teorías preventivas puras dejan desarmado al hombre frente al poder del Estado.

En el capítulo IV elaboramos nuevamente el tema de la culpabilidad, teniendo en cuenta el desarrollo –ya anunciado en nuestra primera edición– de las teorías funcionales de la culpabilidad, que sin duda alguna han ido mucho más allá que los primeros escritos de Roxin sobre la prevención general positiva. Ello ha planteado nuevos problemas dogmáticos que exigieron una nueva reflexión sobre los temas tratados que modifican, en parte, algunas conclusiones esbozadas en la primera edición de este tomo.

Esta vez, las reflexiones aportadas fueron posibles gracias a la colaboración del profesor doctor Karl H. Gössel, así como del profesor Otfried Höffe de la Universidad de Tübingen. Sumamente valioso fue el apoyo del profesor doctor Carlos M. Landecho, por el aporte de su obra sobre Lombroso, que tuvo la atención de obsequiarnos.

Reitero mi agradecimiento, a la Alexander von Humboldt Stiftung, por la ayuda en conseguir el material bibliográfico necesario para este trabajo.

Por último, debo decir que varias de las modificaciones que tiene la obra, se deben a que mis ayudantes en la labor docente tuvieron la gentileza de discutir algunas ideas, y a los alumnos, que se atrevieron a pensar junto con nosotros.

Con lo cual es difícil afirmar cuánto de propio tiene una obra de este carácter y cuánto de influencia de las demás partes comprometidas en el trabajo académico.

Vuelvo, por último, sobre una idea repetida en varias oportunidades. Hacer ciencia en la Argentina no es fácil. La falta de medios económicos exigen dedicarse parcialmente a ella, situación que exige realizar un gran esfuerzo, que no siempre se traduce en resultados. El poco valor que la sociedad le ha dado a la tarea universitaria lleva a que se dé prioridad a otras actividades, antes que al estudio y a la investigación; en parte, por qué no decirlo, debido a que la Universidad se dedicó a otras cuestiones menores. El descalabro cultural de nuestro país a partir de esta concepción es visible, y sólo tendrá solución cuando todo el conjunto de la sociedad, y no sólo el Estado, entienda que no hay futuro, para la sociedad en su conjunto, sin ciencia y sin educación, y que ambas exigen tiempo y esfuerzo.

EDGARDO A. DONNA

AGRADECIMIENTOS

Este libro sólo pudo salir a luz gracias a la generosa beca de la Alexander von Humboldt Stiftung para que pudiera estudiar en la Universidad de Erlangen-Nürnberg, entre el 1° de octubre de 1986 y el 31 de julio de 1988. A esta fundación pues todo mi agradecimiento no sólo por la generosa ayuda, sino también por el apoyo que me brindó no sólo a mi sino a mi familia.

El estudio que se realizó en la Facultad de Derecho de la Universidad de Erlangen-Nürnberg, se debió a que el profesor Karl Heinz Gössel, que no sólo me invitó a su instituto, sino además actuó sin lugar a dudas como un verdadero maestro. La mayoría de las ideas bases fueron, como el lector podrá comprobar, sacadas y confrontadas de sus enseñanzas.

El profesor Gössel, que no sólo brindó apoyo académico, sino que brindó y abrió su casa, es sin duda la base intelectual y espiritual de este trabajo que ahora comienza. Vaya pues todo mi agradecimiento a quien realmente detenta el cargo de profesor y lo es.

Debo además agradecer a todos los integrantes del Institut Für Strafrecht, Strafprossrecht und Kriminologie de la Facultad de Derecho de la Universidad de Erlangen.

Asimismo, no puedo dejar de reconocer las ideas fecundas, especialmente sobre Kant que el profesor Hruschka en sus seminarios aportó con una cordial discusión.

Por último debo expresar mi reconocimiento a la doctora María Inés Somonte, quien colaboró en la redacción de gran parte de este libro.

EDGARDO A. DONNA

ÍNDICE GENERAL

Prólogo a la segunda edición V
Agradecimientos IX

CAPÍTULO PRIMERO

EL PROBLEMA DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LA PENA

§ 1. Introducción 1
§ 2. Fundamento obligatorio de las sanciones jurídico-penales 2
a) El Estado de derecho 2
b) La ley 5
1) Concepto de ley previa 6
2) Antecedentes de la ley previa 9
c) El principio de legalidad 11
d) Consecuencias del principio "nullum crimen nulla pœna sine lege" 11
1) Prohibición de la analogía 12
2) Prohibición de la retroactividad 13
a) El principio del artículo 2º del Código Penal 14

b) La ley más favorable 15
c) Las medidas de seguridad 16
d) Leyes temporales 17
3) Prohibición de fundamentar el castigo en el derecho consuetudinario 17
4) El mandato de certeza 18
§ 3. Fundamento real de las sanciones jurídico-penales 19
a) El delito 19
b) La peligrosidad 20
1) Análisis del Código Penal 20
2) El artículo 34, inciso 1°, del Código Penal 20
3) Lombroso 23
a) Evolución 25
1) El punto de partida 25
2) Teoría atávica 26
b) Teoría morbosa 27
1) Preparación 27
2) Fusión del atavismo y de la locura moral 28
c) La epilepsia como síntesis 28
d) La teoría criminogenética definitiva. 29
e) Análisis crítico 30
§ 4. Fundamento de conocimiento de las sanciones jurídico-penales 31
§ 5. Fundamento jurídico de las sanciones jurídico-penales 40
§ 6. Fundamento final o teleológico de las sanciones jurídico-penales 41
a) Kant y las teorías que ven en la pena una retribución 41
b) Teoría de la prevención especial 58
c) Teoría de la prevención general 67

1) La prevención general en von Feuerbach 67
2) La prevención general positiva..... 69
§ 7. Conclusión..... 73

APÉNDICE

EL DELINCUENTE POR CONCIENCIA
UN PROBLEMA DE COLISIÓN DE DEBERES

1. Introducción..... 76
2. La colisión de deberes en el derecho penal actual 78
3. Solución del problema..... 85
a) Solución del voto mayoritario..... 85
b) Solución propuesta..... 86

CAPÍTULO II

FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA PENA

§ 8. La relación del poder del Estado y los derechos fundamentales 89
§ 9. Fundamentos de los derechos humanos desde una perspectiva ética 96
a) El Estado moderno..... 96
1) El soberano puede disponer libremente del derecho..... 101
2) El soberano puede violar el derecho.. 102
3) El soberano puede asumir en cualquier momento todo tipo de competencia.. 102
4) La soberanía..... 102
5) La soberanía es ilimitada en su contenido..... 102
b) La fundamentación de los derechos humanos en el Estado moderno..... 103

CAPÍTULO III

DERECHOS HUMANOS, DOGMÁTICA PENAL Y CRIMINOLOGÍA

§ 10. Introducción 115
§ 11. Estado totalitario y dogmática penal 115
§ 12. La denominada "criminología crítica" 120
§ 13. La pretendida "teoría desde la marginación". 123
§ 14. Conclusión 128

CAPÍTULO IV

LA TEORÍA NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD

§ 15. Comienzo de la teoría normativa 133
§ 16. La teoría psicológica hasta el comienzo del siglo XX 134
§ 17. El elemento de la teoría de la culpabilidad desde Frank hasta Freudenthal 145
§ 18. Desarrollo de la teoría de la culpabilidad desde 1922 hasta 1935 164
§ 19. Período que va desde 1935 hasta 1945 180
§ 20. La actual teoría de la culpabilidad 183
a) La compleja teoría de la culpabilidad... 185
b) Especiales concepciones de la culpabilidad 195
c) Teorías normativas de la culpabilidad .. 200
§ 21. Actuales tendencias sobre la culpabilidad. Teorías de la prevención especial 212
a) Teorías que aceptan la culpabilidad 214
b) Teorías que reemplazan el concepto de culpabilidad por criterios de prevención general 215
c) Función del tipo penal 217
d) Función de la antijuridicidad 222

e) Función de la responsabilidad 225
f) Teoría funcional de la culpabilidad de Jakobs 228
g) Funciones de la culpabilidad según Achenbach 231
h) La teoría de Streng 234
§ 22. La función de la culpabilidad en la medición de la pena 235
§ 23. Crítica de las posiciones 236
§ 24. Propuesta de solución provisional. Desarrollo de la dogmática penal 240
a) El contenido del concepto de atribuibilidad 242
b) Los grados de la atribuibilidad 243
1) La responsabilidad por el hecho 243
2) La culpabilidad 245
c) La responsabilidad por el hecho 248

Bibliografía 253

CAPÍTULO PRIMERO

EL PROBLEMA DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LA PENA

§ 1. *INTRODUCCIÓN.* – La primera cuestión que debe responder quien se dedica al derecho penal, consiste en contestar a la pregunta por el *fundamento de las sanciones penales*[1]. Si no logra dar una respuesta coherente, lógica y justa, no sólo no podrá justificar su tarea, sino tampoco la de la ciencia penal. De la lectura de las posiciones al presente no se advierte claramente en qué planos de la discusión se han propuesto las teorías, sino que, más bien, existe una confusión en cuanto en qué nivel del conocimiento se plantea la reflexión. Se suma a ello una nueva lucha de escuelas, que ha llevado a que se oscurezca la discusión, de modo que el panorama no parece tener posibilidad de solución pacífica.

Esto conlleva una dificultad práctica, el Estado, por su parte, sigue imponiendo sanciones, mientras

[1] Gössel, Karl H., *Über die Bedeutung des Irrtums im Strafrecht*, p. 32 y ss.; en español puede consultarse, además, *Esencia y fundamentación de las sanciones penales*, en Polaino Navarrete, Miguel, "Estudios jurídicos sobre la reforma penal", p. 87 y siguientes.

los teóricos no se ponen de acuerdo, por lo menos en coincidencias mínimas, para limitar ese poder del Estado, que siempre tiene la tendencia a avanzar sobre los derechos individuales.

Vamos a seguir a Gössel[2], por lo menos metodológicamente, buscando una explicación de las sanciones penales sobre la base de cinco fundamentos[3]. A partir de éstos, hemos de intentar dar una respuesta a la justificación de las sanciones penales, sin duda las más graves que aplica una sociedad a sus miembros. Esos fundamentos de las sanciones jurídico-penales son: el obligatorio, el real, el de conocimiento, el jurídico y el final o teleológico.

§ 2. ***FUNDAMENTO OBLIGATORIO DE LAS SANCIONES JURÍDICO-PENALES.*** – El fundamento obligatorio de las sanciones se confunde con el deber ser, ya que ellas surgen de la voluntad del legislador, que se expresa en una ley concreta. De manera que se puede decir que el fundamento del deber ser es la ley dictada conforme a la Constitución. Con esto, la referencia al Estado de derecho es más que obvia.

a) *El Estado de derecho.* Para ello es necesario admitir que el Estado debe estar dentro del orden normativo, esto es, "con arreglo a normas previas, generales, claras, precisas, no contradictorias con aquellos supuestos apriorísticos sobre los que se construye el Estado, normas que forman el núcleo y la justificación de la totalidad del orden jurídico, y que son los su-

[2] Gössel, *Esencia y fundamentación de las sanciones penales*, en Polaino Navarrete, "Estudios jurídicos sobre la reforma penal", p. 58.

[3] Gössel, *Esencia y fundamentación de las sanciones penales*, en Polaino Navarrete, "Estudios jurídicos sobre la reforma penal", p. 58.

puestos para el despliegue vital individualista burgués"[4].

Con lo que se está admitiendo que el Estado tiene un fin jurídico, cuyo contenido está más allá de su voluntad. Este fin, como bien decía Kant, consiste "en los principios *a priori* de la libertad del hombre, de la igualdad del súbdito, de la autonomía del ciudadano, principios que no son tanto leyes dadas por el Estado ya instituido, sino condición para adaptar el Estado a los puros principios de la razón"[5].

Con esta afirmación estamos diciendo que el Estado nace de la Constitución, con los caracteres y atribuciones que ésta le fija. El Estado está, pues, dentro de la Constitución, de modo que la norma fundamental no es un producto de aquél, sino que, al contrario, el Estado nace de la Constitución. No se trata que el Estado tenga una Constitución, sino que esté dentro de ella[6].

Y ello es así ya que la facultad de mandar, que originalmente está en el pueblo, es concedida por éste, en virtud de la Constitución, a la persona jurídica estatal[7]. Esto lleva a que el poder público sea inferior al poder soberano, puesto que su existencia le es debida a ese poder que lo crea. Además, surge limitado por la propia Constitución, a la que debe subordinación normativa.

[4] García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, p. 158.

[5] Kant, Immanuel, *Vom Verhältnis der Theorie zur Praxis im Staatrecht*, citado por García Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, p. 158.

[6] Maunz, Theodor - Düring, Günter - Herzog, Roman, *Grundgesetz, Kommentar*, arts. 1° a 3°.

[7] Gordillo, Agustín, *Introducción al derecho administrativo*, p. 49.

Como parte de esos límites y como contrapeso del poder del Estado, es decir, de su soberanía, existen los derechos subjetivos, que le son preexistentes.

En otros términos, el Estado está obligado a actuar sujeto a principios jurídicos fundamentales y, por tanto, su obligación reside en el reconocimiento y el respeto de los derechos inalienables de la persona, especialmente su libertad.

Esa libertad, que se levanta como derecho básico de un hombre frente al Estado, es, sin duda, la prohibición de ser detenido sin causa y, además, que ese derecho pueda ser ejercido frente a un órgano independiente, esto es, el juez.

Pues bien, el Estado no puede, de ninguna manera en su legislación, alterar ni destruir los derechos fundamentales de la persona, so pena que esa legislación sea declarada inconstitucional, es decir, contraria a la norma que crea y limita al propio Estado.

Con esta afirmación se está reconociendo la división de poderes, que asegura los derechos individuales. Es decir, que el Estado en sus funciones capitales (legislativa, ejecutiva y judicial) ha de tener un titular distinto, y que, en esta separación, los poderes se vinculan recíprocamente mediante un sistema de fiscalización y de vetos[8].

De ello se deduce que el poder administrador no tiene funciones jurisdiccionales, principio que está reglado, en el caso del ordenamiento legal argentino, en los arts. 18, 109 y 116 de la Const. nacional.

El poder administrador tampoco puede tener facultades legislativas, esto es, dictar leyes con carácter general, ya que esa función pertenece al parlamento de la Nación.

[8] García Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, p. 155.

En síntesis se afirma categóricamente que el Poder Ejecutivo no sólo debe respetar los derechos fundamentales de la persona, sino, además, que no puede invadir ni la esfera legislativa, ni la judicial. Con lo cual el poder administrador tiene vedado el dictado de leyes penales[9].

b) *La ley.* De acuerdo a nuestro ordenamiento legal, basado en la Constitución nacional, el fundamento del deber ser de las sanciones jurídico-penales es la ley del Congreso, tal como su art. 75, inc. 12, lo establece expresamente en consonancia con el art. 18 y los tratados sobre derechos humanos incorporados a la carta magna.

De lo que se trata, sin duda alguna, es de establecer los principios fundamentales del Estado de derecho. A nuestro juicio, la esencia de tal Estado consiste en que está totalmente sometido a la Constitución. Si esto es así, debe decirse que es el Estado quien debe respetar la norma fundamental.

Lo dicho hasta este punto exige tomar una posición muy clara con respecto a la validez de la ley no dictada por el Congreso o, eventualmente, por el Poder Ejecutivo y que no sea respetuosa de los derechos fundamentales. En este caso se podrá hablar de violencia del Estado, o como mínimo, desde un punto de vista sociológico, se podrá decir que eso constituye una ley en un orden jurídico. Sin embargo, desde nuestra perspectiva, no es éste un fundamento legítimo de la pena.

[9] En este contexto es donde surge el problema de los llamados edictos u ordenanzas policiales. No se debe dar al poder administrador, sobre la base de estos principios irrenunciables de un Estado de derecho, la facultad de juzgar a las personas que infringen dichos edictos, ya que en el fondo es, sin lugar a dudas, una cuestión jurisdiccional.

Con el fundamento del deber ser se entra en el ámbito de lo que se ha dado en llamar la *ley previa*, y el desarrollo que, sobre este tema, han aportado tanto la doctrina como la jurisprudencia. Por ello sostenemos que el error de prohibición es una consecuencia inevitable de la exigencia de la ley previa.

1) *Concepto de ley previa.* ¿Qué significa la ley previa? En este punto es dable decir que el principio *nullum crimen sine lege*, es un límite que el Estado liberal-democrático ha impuesto para garantía de los individuos, consistente en que la ley penal debe ser escrita y anterior al hecho del proceso. O dicho con otras palabras, "el principio del Estado de derecho exige una adecuada relación entre delito y pena. Con la pena se reprocha al autor una transgresión al derecho; ello presupone la reprochabilidad, es decir, la culpabilidad. Una pena sin culpabilidad sería una represalia incompatible con el Estado de derecho para un hecho por el cual el no autor no tiene que responder"[10].

Con esta afirmación no hay duda que el límite superior de la infracción es la culpabilidad.

De ello se desprende que la seguridad jurídica exige la previsibilidad y la capacidad de medir previamente la pena. Esto lleva a que exista una proporción entre pena y castigo, por una parte, y por otra, que la determinación y la delimitación de comportamiento punible se realice sobre la base de presupuestos constitucionales[11].

El principio está receptado en nuestra Constitución nacional, en su art. 18, y se expresa de la siguiente forma: "*Ningún habitante de la Nación puede ser pe-*

[10] Maurach, Reinhart - Zipf, Heinz, *Derecho penal. Parte general*, t. 1, § 10, I.

[11] Maurach - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, t. 1, § 10, I.

nado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso".

De igual forma, el art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el art. XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el art. 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[12], y el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Además, el principio tiene su acogida legal en el art. 2° del Cód. Penal, en el sentido que sólo la ley más benigna es de aplicación a hechos anteriores a ella. De modo que aunque la conducta de la persona sea social y éticamente reprochable, si no existe ley anterior que castigue el hecho como delito no se podrá aplicar pena.

No podemos dejar de citar como ejemplo el plenario "Coussel" de la Cámara del Crimen de la Capital (del 30/11/65)[13]. Se trata de uno de los casos que sucedió en la década del sesenta, que se caracterizó por el auge de construcción de departamentos. Algunas personas prometían en venta departamentos, mediante boleto de compraventa, y luego realizaban una hi-

[12] El citado artículo lleva como epígrafe "Principio de legalidad y de retroactividad", y textualmente dispone: "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable al momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará con ello".

[13] Allí se sostuvo que "no constituye el delito de estafa (art. 172, Cód. Penal) la conducta del vendedor de un inmueble, con boleto de compraventa firmado, pero que transmitió el dominio conforme al Código Civil, que, sin consentimiento del comprador, constituye sobre el mismo bien un gravamen hipotecario, aun cuando recibiere parte o la totalidad del precio convenido y entregado" (Navarro - Jacoby, *Jurisprudencia criminal plenaria*, p. 77; *LL*, 121-419, y *ED*, 13-485).

poteca sobre el bien, escritura mediante, o definitivamente la venta, siempre a terceros de buena fe. De tal modo, el firmante del boleto de compraventa, que había entregado dinero en el momento de la firma, perdía dicho monto, y como el vendedor era insolvente, tampoco podía oponerse al acreedor hipotecario, que era de buena fe, menos aun al nuevo comprador.

Como algunos tribunales sostuvieron que la conducta era de estafa y otros que era impune, se resolvió la cuestión en el plenario referido, donde se sostuvo que la conducta antes descripta era atípica. Para resolver la cuestión se dictó el decr. ley 4778/63, que agregaba el inc. 11 al art. 173 del Cód. Penal, que fue declarado inconstitucional por haber sido dictado por el Poder Ejecutivo. Con posterioridad se legisló en distintos decretos leyes y, por último, por la ley 20.509, que agregó el inc. 11 al artículo citado, texto que se mantiene en vigencia. Pero lo importante es que aquellas conductas quedaron impunes, debido a la falta de una ley previa que castigara tales acciones como delictivas.

La formulación latina del principio se debe a von Feuerbach. Según Roxin, si bien por aplicación del principio pueden algunas personas quedar impunes, la verdadera interpretación significa que esta impunidad es el precio que el legislador obliga pagar a cambio de la seguridad jurídica[14].

El principio de la ley previa exige que la pena y todas sus consecuencias –y para cierta doctrina, también las medidas de seguridad– estén determinadas de antemano, es decir, en el momento de comisión del hecho delictivo. Y esto sólo se puede dar respetando

[14] Roxin, Claus, *Iniciación al derecho penal de hoy*, p. 98 y siguientes.

lo que se ha dado en llamar la *teoría del tipo penal*, de modo que el destinatario de la norma pueda prever la conducta que el legislador ha penalizado. El ejemplo que trae Roxin es de aplicación a la realidad argentina[15]. Cuando se comete un hecho criminal de consecuencias graves, algunos sectores de la sociedad piden que se instaure nuevamente la pena de muerte. Si bien en el derecho argentino ello no es posible, dado la ratificación del Pacto de San José de Costa Rica y su inclusión en la Constitución, en especial lo dispuesto en el art. 74, ap. 3, de dicho Pacto, aun en ese caso, la pena, en el supuesto de sancionarse la ley respectiva, nunca podrá abarcar el hecho que la motivó, puesto que jurídicamente debe regir siempre para el futuro[16].

2) *ANTECEDENTES DE LA LEY PREVIA*. El principio, tal como está redactado en las constituciones modernas, es obra del liberalismo, especialmente la teoría del contrato social de la Ilustración[17] y de las constituciones revolucionarias modernas.

Las raíces del principio se encuentran en el liberalismo político. El fin era limitar el poder del Estado frente al individuo. De esa forma, la burguesía consiguió un triunfo frente a la monarquía, al limitar el poder del rey. El monarca quedaba sujeto al poder de la ley.

Pero, además, el principio de la división de poderes, en el sentido que al ser dictada la ley por el par-

[15] Roxin, *Iniciación al derecho penal de hoy*, p. 99.

[16] En la Argentina se dio el caso cuando se asesinó al general Aramburu. A raíz de ello, se dictó la ley 18.701, por la cual se aplicaba la pena de muerte a los secuestradores. Sin embargo, a los autores de tan bárbaro hecho nunca se les habría podido condenar con dicha pena, quedando sólo la alternativa de aplicar la sanción vigente al momento del hecho delictivo.

[17] Jescheck, Hans H., *Lehrbuch des Strafrecht. Allegemeiner Teil*, § 15, 2.

lamento y aplicada por los jueces, limitaba el poder del soberano.

En cuanto al principio de prohibición de la retroactividad se puede citar a las constituciones norteamericanas de 1776 (Maryland y Virginia), el Código Penal austríaco de 1787 y el art. 8° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Sin embargo, el primer antecedente de prohibición de la analogía se encuentra en la Parte I, § 13, de la Constitución Josephina (1787); más cercana en el tiempo, en la Convención de los Derechos Humanos de 1950 y, con posterioridad, en la Convención Americana de Derechos de Humanos.

Ya se sostuvo que, desde el punto de vista jurídico, fue von Feuerbach quien acuñó la fórmula latina, que además la incorporó al Código Penal bávaro de 1871; aunque Maurach y Zipf afirman que éste es el origen legislado, ya que el principio prohibiendo la analogía recién apareció a fines del siglo XVIII o principios del siglo XIX[18]. De todas formas, Roxin sostiene que la fórmula de von Feuerbach se debió a la teoría psicológica que sustentaba el autor. De modo tal que la coacción psicológica tendrá efecto si el potencial autor del hecho podía saber que su conducta era castigada con pena y por ello no tener interés en la comisión del ilícito[19]. Es que el principio de culpabilidad acompaña al de ley previa, en cuanto la pena sólo se puede aplicar en la medida de la culpabilidad de la persona[20].

Este principio fue lo primero que los gobiernos autoritarios derogaron. En el Código Penal soviético de 1922/1926, el principio de legalidad debía dejar el

[18] Maurach - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, t. 1, § 10, II, 2.

[19] Roxin, *Iniciación al derecho penal de hoy*, p. 104.

[20] Maurach - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, t. 1, § 10, I.

camino abierto a la creación judicial del derecho, sobre la base de la idea fundamental del Código Penal, fundamentada en el sano sentimiento popular.

c) *El principio de legalidad.* La ley penal debe ser escrita, esto es, no puede ser consuetudinaria. Además, la ley no sólo debe ser formal, sino que debe tener sentido material. Esto tiene que ver con las leyes penales en blanco, las cuales deben determinar expresamente el reglamento o el decreto a que se hace referencia, al que también se le aplica la regla de ser previa al hecho.

En la ley penal en blanco, sin embargo, la penalidad, clase y extensión, así como su ámbito, deben ser sancionadas por ley formal[21].

Con lo cual se llega a la exigencia de la determinación del tipo penal de manera expresa, así como la pena que se imputa en el caso concreto. Adviértase que, en este punto, las personas a quienes se dirige la norma deben poder prever cuál es la conducta prohibida. De allí que el legislador, a quien se le exige la determinación del tipo penal, lo debe hacer de manera expresa, a los efectos de completar la norma.

d) *Consecuencias del principio "nullum crimen nulla pœna sine lege".* Cuatro son las consecuencias que se deducen del principio que no puede existir delito, ni pena, sin ley previa: *1*) prohibición de la analogía; *2*) prohibición de la retroactividad; *3*) prohibición de fundamentar la responsabilidad penal por el derecho consuetudinario, y *4*) mandato de certeza. En esta diversificación coinciden Roxin[22] y Maurach[23].

[21] Maurach - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, t. 1, § 10, II.

[22] Roxin, *Iniciación al derecho penal de hoy*, p. 105 a 110.

[23] Maurach - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, t. 1, § 10, II.

1) *Prohibición de la analogía.* Por analogía debe entenderse la aplicación de una regla jurídica a los casos que ciertamente no se ajustan a su tenor literal, pero que son similares al que se ha regulado; de modo tal que parece conveniente darles el mismo tratamiento[24]. Como bien dice Rudolphi, se entiende por analogía la utilización de una proposición de derecho sobre una circunstancia no comprendida, y en la cual hay un vacío de la legislación[25]. Este procedimiento, necesario en otras ramas del derecho, por la materia misma de que se trata, esto es, la conducta humana y las cambiantes situaciones que surjan, no es posible en el ámbito penal si dicha interpretación va en contra del imputado. De forma tal que si la conducta del acusado no encuadra en ninguno de los llamados *tipos penales*, no se podrá imponer pena, aunque en el caso se pueda hacer una analogía con otros tipos del Código Penal. Dicho en palabras de Maurach y Zipf, se entiende por analogía prohibida en el derecho penal, una generación de tipos por vía judicial que, aunque basados en la ley, desarrolle y genere tipos por analogía[26]. De allí que el principio puede elaborarse de la siguiente forma: *nulla pœna sine lege scripta et stricta.* La analogía está prohibida no sólo en la creación de tipos penales, sino también en la creación de penas y de otras consecuencias, tales como las medidas de seguridad.

Y ese fue el sentido que le dio von Feuerbach, al sostener que no debe haber pena sin que haya, previamente, una amenaza de sanción contenida en la ley. Con lo cual se excluía la creación analógica de los tipos penales[27].

[24] Roxin, *Iniciación al derecho penal de hoy*, p. 105.

[25] Rudolphi, *StGB, Systema Kommentar*, § 1, nº 22.

[26] Maurach - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, t. 1, § 10, II.

[27] Maurach - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, t. 1, § 10, II.

La posibilidad de la analogía en *bonam parte* es un tema que se discute, especialmente en la aplicación de la parte especial. Y, en este aspecto, no hay duda que la prohibición es para ambas partes del derecho, es decir, la parte especial y la parte general.

Con el mismo criterio, no se puede aplicar la analogía en la interpretación y disminución de las causas de justificación[28].

2) *Prohibición de la retroactividad.* El Estado de derecho conlleva una prohibición del efecto retroactivo de la ley penal, que es una prohibición de carácter incondicional con respecto a aquellas personas que se hallen sujetas a su poder[29]. Esto quiere decir que no puede ser castigada o agravada la punibilidad de una conducta mediante ley posterior al hecho.

Sin embargo, sobre la base de la Constitución nacional y los pactos sobre derechos humanos incorporados a ella, el principio sólo rige en cuanto la ley sea desfavorable al imputado. La idea esencial en que se basa este principio consiste en que "nadie debe ser sorprendido con penas por hechos suyos que, a la fecha de la realización, eran irrelevantes para el derecho penal; nadie debe sufrir penas más severas que las conminadas al momento del hecho"[30].

El principio tiene total vigencia en el art. 2° del Cód. Penal, que sólo admite retroactivamente la aplicación de la ley cuando sea más benigna, y aun a casos de sentencia firme. Bien dice Jescheck, que lo decisivo para fundamentar la prohibición de la retroactividad de las leyes penales se encuentra en el prin-

[28] Rudolphi, *StGB, Systema Kommentar*, § 1, n° 25.

[29] Maurach - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, t. 1, § 12, II.

[30] BVerfG 25, 285, 290, citado por Maurach - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, t. 1, § 12, I, p. 196.

cipio de la seguridad jurídica. Y esto es así porque lo esencial para el Estado de derecho consiste en que las normas que regulan en forma concluyente una situación de hecho no pueden modificarse posteriormente en perjuicio del ciudadano[31].

La prohibición de la retroactividad sólo se refiere a normas de derecho material, no así a normas de derecho procesal, siempre y cuando no afecten garantías constitucionales del imputado.

El principio rige no sólo con respecto a los tipos penales, propiamente dichos, y a las penas, sino a toda la regulación de la parte general, incluyéndose también los distintos estratos de la teoría del delito. De allí que se incluyan las causas que eliminan la acción, la tipicidad, la antijuricidad y la responsabilidad por el hecho.

Debe estarse al momento en que se manifiesta la voluntad del autor hasta la consumación del hecho, a los efectos de determinar la ley aplicable al caso. Tal principio rige, también, para los delitos continuados y permanentes, ya que en esos casos y a estos efectos se debe entender como una sola acción.

a) *El principio del artículo 2º del Código Penal.* La prohibición de la retroactividad tiene su límite en el caso que la ley sea más benigna. "Toda reforma legal constituye la seña de un vuelco valorativo; mediante el decaimiento o la atenuación de la conminación de pena, el legislador da a conocer que ha revisado su hasta entonces más estricta concepción, para reemplazarla por otra menos severa"[32].

De modo que no se podría condenar a alguien por concepciones que el propio legislador ya no sustenta.

[31] Jescheck, *Lehrbuch Strafrechts. Allgemeiner Teil*, § 15.

[32] Maurach - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, t. 1, § 12, p. 200.

Sobre esta base, la retroactividad de la ley más benigna es obligatoria, por lo que si entre el hecho y la sentencia se dicta una ley que desincrimine la conducta, aquélla es de aplicación obligatoria, no existiendo en este caso la cosa juzgada a su respecto.

El principio está admitido por los pactos internacionales incorporados a la Constitución nacional.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido el principio de la retroactividad de ley más benigna. Así sostuvo que "si quedó sin vigencia todo el régimen reglamentario sobre precios máximos, a raíz del decr. 29/76, implícitamente ha quedado derogado el régimen represivo que le daba sustento coactivo, por lo que procede aplicar el principio de la ley más benigna (art. 2°, Cód. Penal). Corresponde dejar sin efecto la multa impuesta por la Secretaría de Estado de Comercio a un laboratorio dedicado a especialidades veterinarias"[33].

b) *La ley más favorable.* Se entiende que es aquella que deja al autor concreto, desde un punto de vista jurídico-material, en mejor situación. También se aplica en los casos en que se determina la responsabilidad y medida de la pena. Iguales principios se aplican al partícipe. Se ha sostenido jurisprudencialmente que "para la determinación de la benignidad de la ley, a fin de decidir los casos dudosos, hay que analizar las circunstancias particulares de cada caso, a fin de adoptar la norma legal que afecte menos, en primer lugar, la libertad personal del interesado y, en orden sucesivo, su honor, su patrimonio, ya que por su elección fracasan los criterios doctrinarios generales"[34].

[33] CSJN, 2/12/76, "SA Dawes Laboratorios Argentina, ICA", *Fallos*, 296:542.

[34] SCBA, 13/5/69, "Rescigno, Adrián, s/homicidio", "Revista de Derecho Penal y Criminología", n° 1, 1969, p. 68, y *DJBA*, 87-193.

Lo que está prohibido es la composición o mezcla de leyes, aunque ésta sea más benigna; es decir, el juez debe elegir una sola de las leyes que tiene a la mano. Pero no debe aplicar una tercera ley con las partes más favorables de ambas, pues se convertiría en legislador.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido este principio al decir "que en virtud de lo dispuesto por el art. 2°, párr. 3°, del Cód. Penal, los efectos de la ley más benigna operan de pleno derecho; y dado que este principio es eficaz en el campo específico de la legislación penal económica, corresponde dejar sin efecto la multa impuesta en virtud de la res. 1514/74, reglamentaria de la ley 20.680, y derogada por la res. 2302/75"[35].

c) *Las medidas de seguridad.* El principio de irretroactividad rige también para las medidas de seguridad, ya que siempre son un agravamiento de la condición de la persona y tienen que ver con el hecho ilícito, aunque además esté en juego la peligrosidad. Esta afirmación es válida teniendo en cuenta que toda medida conlleva una fuerte restricción de la libertad del individuo afectado por ella, de modo que es criterioso, y acorde con los principios constitucionales, limitarlas, en cuanto a su mayor gravosidad, mediante *el principio de irretroactividad.*

Sin embargo, no es ésta la opinión doctrinal mayoritaria, en cuanto se afirma que por su naturaleza pueden ser de aplicación retroactiva. Así, Maurach y Zipf expresan que "es tarea de las medidas preventivas la de limitar una peligrosidad del autor presumida a la fecha de la sentencia... Es por ello que, para la apli-

[35] CSJN, 30/11/76, *Fallos*, 296:466. En igual sentido, "SA Ford Motor Argentina", *Fallos*, 295:815.

cación de las medidas preventivas, rige en principio siempre el momento de la resolución judicial"[36].

De todas formas, en lo que hay consenso, tanto doctrinal como jurisprudencial, es que la medida sólo se puede aplicar sobre la base del hecho delictivo previo, de modo que si el hecho típico desaparece, será levantada la medida[37].

d) Leyes temporales. El principio de irretroactividad no ha sido admitido en los casos de leyes temporales. Se entiende por tales aquellas leyes que han sido promulgadas sólo para un tiempo determinado. De modo que ellas se aplican a ese período de tiempo, aunque luego hayan sido derogadas. Así, se dijo: "El carácter temporario o excepcional del régimen penal establecido por la ley 19.095 –régimen de veda al consumo interno de carne vacuna– constituye un obstáculo cierto a la operatividad del principio de la ley penal más benigna (art. 2°, Cód. Penal). Las disposiciones protectoras –sancionatorias– de dicho régimen coyuntural de regulación económica, no pueden ser entendidas sino gozando de una verdadera ultraactividad *in re ipsa*"[38].

3) *Prohibición de fundamentar el castigo en el derecho consuetudinario.* El Código de Comercio expresa en forma textual, en el art. II del título preliminar, que *"en las materias en que las convenciones particulares pueden derogar la ley, la naturaleza de los actos autoriza al juez a indagar si es de la esencia del acto*

[36] Maurach - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, t. 1, § 12, p. 203.

[37] En ese sentido, CCasPenal, Sala III, 2/11/95, causa 532, "Lira, Gustavo J.", confirmando una resolución del JuzgEjecPenal n° 3, 2/5/95.

[38] CSJN, *Fallos*, 293:522. De todas formas, el proyecto de Zaffaroni y Rivacoba y Rivacoba para Ecuador aplica la retroactividad de la ley más benigna, aun para estos casos (art. 8°).

referirse a la costumbre, para dar a los contratos y a los hechos el efecto que deben tener, según la voluntad presunta de las partes".

Este principio no es admitido en el derecho penal para fundamentar la pena, ni agravar la sanción, y en menor escala aplicar una medida de seguridad. El principio es que sólo la ley penal es fundamento de pena y de medida de la seguridad, así como de agravación de la segunda; está regulado expresamente en los arts. 18 y 75, inc. 12, de la Const. nacional.

4) *El mandato de certeza.* El principio de legalidad, como bien lo dice Roxin[39], exige que la pena no sólo se fundamente en una norma escrita, sino además que se determine con certeza mediante esa ley. De modo que un precepto que quede indeterminado, tanto en sí como en la sanción, aun cuando sea mediante ley del Congreso de la Nación, violará el principio de ley previa. No será respetuosa del principio de legalidad una norma que dijera: "Será reprimido el hurto", sin especificar de qué se trata tal conducta. En otros términos, esto significa que la ley penal debe determinar y delimitar la acción contraria a la norma.

Además se exige la proporcionalidad en la aplicación de la sanción penal.

El principio de certeza tiene que ver con la teoría del tipo penal. No hay duda que el uso de elementos descriptivos hace que sea el medio más adecuado para determinar con precisión el ámbito de aplicación. Sin embargo, a veces el legislador utiliza conceptos normativos que exigen, aunque éstos sean interpretados mediante una valoración, una determinación conceptual[40].

[39] Roxin, *Iniciación al derecho penal de hoy*, p. 112.

[40] Maurach - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, t. 1, § 10, II.

§ 3. ***FUNDAMENTO REAL DE LAS SANCIONES JURÍDICO-PENALES.*** – El ejemplo de Gössel que el hundimiento de un puente tiene otras causas distintas al de un fenómeno mental previsible, aparece como feliz para poder explicar este fundamento[41]. El fundamento real sólo se ubica en una determinada clase de objetos, y de esto no hay duda, son los objetos realmente existentes. Las sanciones penales aparecen como fenómenos reales, imposibles de negar. Además, estos fenómenos traen consecuencias a veces de tanta importancia como la misma sanción. El alejamiento de los lugares de trabajo, del hogar o la disminución económica misma aparecen como fenómenos que exceden lo meramente individual, para hacer hincapié en lo social.

En principio, no hay dudas que la ley es la ayuda para encontrar cuál es el fundamento real de las sanciones jurídico-penales.

Para la aplicación de las sanciones y de las medidas son dos los fundamentos a tener en cuenta: el delito, por una parte, y la peligrosidad, por la otra[42].

Sin embargo, tanto científica como legalmente, sólo el delito es fundamento real de las sanciones penales. Esta afirmación descarta, desde el principio, que la peligrosidad sin delito pueda ser fundamento de aquéllas.

a) *El delito.* De la lectura del Código Penal se descubre, en la parte especial, el siguiente panorama: a cada acción que se describe allí le corresponde una

[41] Gössel, *Esencia y fundamentación de las sanciones penales*, en Polaino Navarrete, "Estudios jurídicos sobre la reforma penal", p. 59

[42] Gössel, *Esencia y fundamentación de las sanciones penales*, en Polaino Navarrete, "Estudios jurídicos sobre la reforma penal", p. 60 y siguientes.

pena. En el art. 79 del Cód. Penal, referido al homicidio simple, esto es, matar a otro, el legislador le asigna a este delito una pena de ocho a veinticinco años de reclusión o prisión. De igual manera, en el art. 172, que describe la estafa, impone una pena de un mes a seis años de prisión.

Teniendo este dato como evidente, se puede decir que a la acción homicida o a la acción defraudadora les corresponde una existencia real, porque a ellas le sigue una pena, de manera que es factible afirmar que el delito es fundamento real de la pena.

En otras palabras, sólo la acción descripta en la ley puede ser eficaz para la aplicación de sanciones. Ni la forma de ser de una persona, ni sus ideas, en tanto y en cuanto no se concreten en actos lesivos a las normas, pueden llevar a la imposición de sanciones y menos aún de medidas de seguridad de tipo penal. Todo argumento en contrario a esta idea es violatoria del art. 19 de la Const. nacional, tal como se verá más adelante.

b) *La peligrosidad.* Nos extenderemos en el estudio de este tema, dado la trascendencia que nos merece.

1) *Análisis del Código Penal.* El problema, en este punto, es más complejo, debido a la obra del positivismo sociológico y criminológico, que estableció que la peligrosidad tenía algo que ver en este problema, aunque el legislador argentino de 1921 tuvo la lucidez mental de no escuchar los "cantos de sirena" de aquellas posiciones ideológicas. El Código Penal argentino, en sus respectivos artículos, aceptó el principio de legalidad, dándole a la peligrosidad sólo un papel secundario, dentro de su sistemática.

2) *El artículo 34, inciso 1º, del Código Penal.* En esta disposición se establece una medida de seguridad

para las personas incapaces de culpabilidad. Sin embargo, en estos casos, una vez determinado el hecho típico, la antijuridicidad de la acción y la responsabilidad por el hecho, el juez deberá imponer una medida de seguridad en los casos en que el autor sea peligroso para sí o para terceros. En este supuesto, la persona deberá ser recluida en un establecimiento adecuado hasta tanto desaparezcan las condiciones que la tornaron peligrosa.

A pesar de que una lectura no muy profunda puede llevar a decir que la peligrosidad es el fundamento de la medida de aseguramiento, no hay duda que es el delito el fundamento real. Es decir, la peligrosidad es un fundamento secundario de la medida de seguridad, ya que es necesario que exista el hecho típico y antijurídico. Por lo tanto, de ninguna manera, la peligrosidad es fundamento independiente de la medida. De modo que la peligrosidad va necesariamente unida al hecho delictivo.

Un análisis más detallado de la cuestión lleva a la afirmación de que la peligrosidad del sujeto sólo sirve para la medida de aseguramiento una vez que se estableció el delito y no independientemente de éste. Por más peligrosa que aparezca una persona, es obvio que, en nuestro sistema legal, nada se podrá hacer con ella, por lo menos en el ámbito penal, si no comete una acción que esté tipificada en el Código Penal. El delito es, pues, la puerta por donde entra la peligrosidad como fundamento conjunto para las medidas.

En este aspecto, la Cámara Nacional de Casación ha sostenido "que la medida de seguridad que se impuso al imputado fue consecuencia directa y exclusiva de la imputación que se le dirigiera por ser presunto autor de una acción típica penalmente reprochable a la época de su comisión, y que a su respecto no fue

punible por su condición de inimputable. Luego de la sanción de la ley 24.198, que tornó no delictiva la misma actividad que se le endilgara al interesado (desacato) y que como se señalara originó su internación, por aplicación del art. 2° del Cód. Penal, esta última no debe continuar en la esfera del juez penal tal como se decidió en la sentencia puesta en crisis". Con lo cual se confirmó la sentencia del Juzgado de Ejecución n° 3, que había llegado a igual conclusión[43].

Sin embargo, no debe olvidarse que hay autores que han visto en la peligrosidad el fundamento de las sanciones. Pasando por Lombroso, Ferri, Garófalo, el mismo Jiménez de Asúa en 1920, Ramos, Peco, Gómez y, últimamente, los sostenedores de la llamada criminología crítica, de alguna manera, han ido a buscar la base de la sanción o su negación en la peligrosidad.

Quien mejor expresó estas ideas fue el positivismo criminológico. Su método fue inductivo experimental. Este método se ajustaba al esquema causal explicativo. El delito se concibe como un hecho real e histórico, natural. Su estudio lleva, sin duda, a la investigación del delincuente y a su realidad social, buscando las causas del delito.

Dentro de esta escuela no se puede evitar explicar a quien, de alguna manera, fue su fundador: César Lombroso (1835-1909). Todas las teorías peligrosistas en derecho penal, aun las actuales, tienen en Lombroso su origen directo. De modo que, tal como hemos tomado como método en este libro, la explicación de su posición se hace imprescindible.

[43] CCasPenal, Sala III, 2/11/95, causa 532, "Lira, Gustavo J.", confirmando una resolución del TribEjecPenal n° 3, 2/5/95, *LL*, 1995-C-509, con comentario de Donna, Edgardo, *Un fallo que respeta el principio de legalidad*.

3) *Lombroso*. En 1876, con su estudio antropológico experimental del hombre delincuente, marcó el origen de la criminología científica[44].

Sin embargo, la aportación principal de Lombroso a la criminología, de la cual no podrá despegarse, está, sin duda, en el método utilizado, que fue el empírico. Su teoría del delincuente nato fue formulada a la vista de los resultados de más de cuatrocientas autopsias de delincuentes y seis mil análisis de delincuentes vivos. La teoría del atavismo, que caracteriza al delincuente, contó con un estudio minucioso de veinticinco mil reclusos de las cárceles europeas[45].

En la teoría lombrosiana de la criminalidad ocupa un lugar central la categoría de delincuente nato, subespecie o subtipo humano degenerado, atávico, marcado por una serie de estigmas que le delatan e identifican y se transmiten por vía hereditaria[46].

Desde el punto de vista de las tipologías distinguía: *a*) el delincuente nato (atávico); *b*) el loco moral; *c*) el epiléptico; *d*) el loco; *e*) el ocasional, y *f*) el pasional.

Con respecto a la mujer, Lombroso sostenía que no era un subgrupo autónomo y *sui generis*. La forma natural de regresión de la mujer es la prostitución y no el crimen.

La prostitución es un fenómeno atávico específico de la mujer, sucedáneo de la criminalidad. Los estigmas degenerativos del delincuente nato se encontrarían en las prostitutas.

[44] La ideas bases de la teoría de Lombroso se han tomado de la excelente investigación de Landecho, José M., *La tipicidad lombrosiana de delincuentes*, Instituto de Criminología, Universidad de Madrid, 1967, edición mecanografiada.

[45] De Molina, Pablo, *Criminología*, p. 109.

[46] Lombroso, *L'uomo delinquente*, p. 388 a 569, citado por De Molina, *Criminología*, p. 110.

La categoría del delincuente nato tiene en la teoría de Lombroso un lugar destacado (65% al 70%; luego 40%, para terminar en un tercio).

El delincuente nato es una subespecie o subtipo humano, degenerado y atávico, producto de la regresión y no de la evolución de las especies, marcado por una serie de estigmas que le delatan e identifican y se transmiten por vía hereditaria.

La idea de atavismo o regresión de las especies a un nivel filogenético del desarrollo muy anterior había sido ya formulada por Darwin[47].

Lombroso inició sus investigaciones antropológicas a raíz de los hallazgos que creyó encontrar al examinar el cráneo de un conocido delincuente Verzeni, que era sádico y violador, y luego el de Misdea, soldado epiléptico y asesino, una larga serie de anomalías atávicas, sobre todo una enorme foseta occipital media y una hipertrofia del vermis, análoga a la que se encuentran en los vertebrados inferiores.

Aclaramos que Lombroso basó el *atavismo* o carácter regresivo del tipo criminal en el examen del comportamiento de ciertos animales y plantas, en el de tribus primitivas y salvajes de civilizaciones de aborígenes e, incluso, en ciertas actitudes de la psicología infantil profunda[48].

El delincuente padece una serie de estigmas degenerativos corporales patológicos y sociales: frente huidiza y baja, gran desarrollo de los arcos supraciliares, asimetrías craneales, fusión de los huesos atlas y occipitales, gran desarrollo de los pómulos, orejas en forma de asa, tubérculo Darwin, uso frecuente de tatuajes, notable analgesia o insensibilidad al dolor, inestabili-

[47] De Molina, *Criminología*, p. 109, nota 220.

[48] De Molina, *Criminología*, p. 109.

dad afectiva, uso frecuente de una determinada jerga, altos índices de reincidencia, etcétera[49].

En su teoría de la criminalidad, Lombroso interrelaciona el atavismo, la locura moral y la epilepsia; el criminal nato es un ser inferior, falto de la necesaria apertura al mundo de los valores, un individuo que, además, padece de alguna forma de epilepsia, con sus correspondientes lesiones cerebrales[50].

De todas formas, en Lombroso, según la visión de Landecho, hay una evolución para llegar a la idea básica del *uomo delinquente*[51].

a) *Evolución*. La evolución atraviesa tres etapas: la atávica, la morbosa y la sintética, ciñéndonos a las ideas de Landecho.

1) *El punto de partida*. Antes de Villella, fluctúa Lombroso entre dos concepciones diversas para explicar el fenómeno de la delincuencia.

a) La primera es la llamada *hipótesis morbosa*. Ésta parecería basarse en el trauma juvenil del hurto de un libro de poesías de Lucrecio, por parte de un amigo íntimo, ya que "sólo un impulso morboso podría atribuir semejante traición estúpida en un chico como R"[52].

A este sustrato emocional, le da un complemento racional en trabajos publicados en la "Rivista Psichiatrica", en donde se sostenía que en las prisiones no es raro encontrar enfermos mentales.

En este sentido, comienza la búsqueda de la diferencia entre el loco y el delincuente, aunque no hay duda que los encontraba emparentados.

[49] De Molina, *Criminología*, p. 109 y 110.

[50] Lombroso, *L'uomo delinquente*, p. 388 a 569, citado por De Molina, *Criminología*, p. 110.

[51] Landecho, *La tipicidad lombrosiana de delincuentes*, p. 185.

[52] Landecho, *La tipicidad lombrosiana de delincuentes*. p. 186.

b) La segunda de las hipótesis, llamada *meteórica*, es la marcada por los estudios realizados sobre el tema. En este aspecto, sostiene Lombroso que existe una influencia de los astros y de los meteoros en la mente humana (fases lunares, constelaciones, etc); por estos trabajos, obtiene un premio del instituto Lombardo y en 1867 es publicado como artículo que, luego, da base al libro *Pensiero e meteore*.

2) *Teoría atávica*. En 1870, Lombroso vuelve, sobre la base de datos de la realidad, a dar contenido a sus teorías. El detonante es, como se dice, el estudio del cráneo del famoso delincuente Villella. En este cráneo encuentra una enorme foceta occipital mediana y una hipertrofia del vermis, análoga a la que se encuentra en los vertebrados inferiores. Y entonces dice Lombroso, en un párrafo que, según Landecho, se ha convertido en un clásico de la criminología: "A la vista de estas extrañas anomalías, así como cuando aparece una ancha llanura bajo un horizonte inflamado, el problema de la naturaleza y del origen del criminal me apareció resuelto: los caracteres de los hombres primitivos y de los animales inferiores debían reproducirse en nuestros tiempos"[53].

Pero Lombroso no abandona la tesis anterior de la morbosidad, en el sentido que el delincuente es un ser patológico. La tesis la corrobora con el caso Verzeni, homicida múltiple, quien le confesó que había matado a las mujeres debido a que le daba un placer infatigable el matarlas, llegando a comer la carne que guardaba. Esto le persuade de la teoría atávica, en el sentido que se trata de una reproducción de los instintos que muestran los carnívoros[54].

[53] Landecho, *La tipicidad lombrosiana de delincuentes*, p. 190.

[54] Landecho, *La tipicidad lombrosiana de delincuentes*, p. 192.

b) *Teoría morbosa*. Ésta es una de las cuestiones que, en la ruta de la investigación, deslumbra a Lombroso.

1) *Preparación*. Tal como fue el método seguido permanentemente por Lombroso, el síndrome de la *locura moral* gana terreno, aunque sin abandonar las restantes hipótesis que había ido generando. De todas formas, seguía Lombroso perseverando en su idea que el delincuente era un ser patológico, una especie de ser intermedio entre el alienado y el normal. No obstante se resistía a la identificación entre locura y delincuencia. De allí la diferenciación entre varios tipos de delincuentes que realiza a través de los años, especialmente la del *ocasional* y el *pasional* que suaviza los contrastes. Según Landecho, "con ello ha quedado separado del tipo central de delincuente, al que desde ahora llama nato, y que ciertamente ofrece mayores analogías con el alienado"[55].

Es, otra vez, el caso de un delincuente, Antonio Sbrole, el que ilumina la teoría. Sbrole había envenenado a su padre, matado a su hermano y fue descubierto al pretender matar a su madre.

Sobre el particular, los médicos forenses habían sostenido que era un loco moral, que se había detenido en su desarrollo.

Lombroso deduce de ello que "la identificación no se da entre todo delincuente y todo alienado, sino entre dos grupos peculiares de los mismos: el loco moral y el delincuente nato, en el sentido de la falta de sentido moral, de los sentimientos y juicios normales distintos a los demás hombres"[56], con lo cual Lombroso identifica al loco moral con el delincuente nato.

[55] Landecho, *La tipicidad lombrosiana de delincuentes*, p. 195.
[56] Landecho, *La tipicidad lombrosiana de delincuentes*, p. 197.

2) *Fusión del atavismo y de la locura moral.* En este punto, Lombroso explícita el tema sosteniendo que existe un detenimiento del delincuente en el desarrollo fetal. Lombroso logra, pues, unir lo morboso con lo atávico, al existir un elemento anormal, patológico, según la tesis de su contemporáneo Sergi.

Se está pues, según Landecho, ante la primera síntesis criminogenética, que es por ahora algo inestable[57].

La detención en el desarrollo fetal es el puente que une a las hipótesis de nuestro autor. Esta detención en el desarrollo ocasiona que algunos órganos queden imperfectamente nutridos y que, por tanto, ofrezcan puntos de menor resistencia a la acción de los agentes externos. De ahí se siguen fenómenos orgánicos y sus correlatos en las tendencias criminales en la parte psicológica del individuo[58].

c) *La epilepsia como síntesis.* A esta etapa, Lombroso llega, también mediante dos casos; el primero es el del llamado *conde K*, hombre golpeador. Nuestro autor sostiene que hay una relación entre la locura moral y la epilepsia, unidas ambas por una raíz de base constitucional, como síndrome de una detención en el desarrollo de la personalidad.

Por ello, Lombroso afirma la existencia de una epilepsia larvada, así como el *conde K* es un loco moral. Y sostiene una relación parental entre la epilepsia y la locura moral. Landecho cita un párrafo del *Uomo* que es ilustrativo: "Estos epilépticos (larvados) son incluso mucho más peligrosos que los locos morales, con los que en sí tienen extrema analogía; sino es que, como opinamos desde hace algún tiempo, epilepsia y locura moral están conexionados íntimamente

[57] Landecho, *La tipicidad lombrosiana de delincuentes*, p. 199.
[58] Landecho, *La tipicidad lombrosiana de delincuentes*, p. 199.

desde el punto de vista de la patogénesis, pudiendo considerar ambas anomalías constitucionales del desarrollo de la personalidad; de lo que es también argumento irrefutable el fácil asociarse o suicidarse de la una a la otra y el hecho admitido por todos los neuropatólogos, del carácter extravagante y morboso de casi todos los epilépticos histéricos"[59].

Con lo cual Lombroso tiene ya el elemento que une a la locura moral y el atavismo, aunque falta un paso más que dará un poco más avanzado el tiempo.

Y este avance lo hace con el segundo caso, que es el del soldado Misdea, ocurrido el 13 de abril de 1884. Misdea tenía veintidós años y vuelve al regimiento de Nápoles. Excitado por las burlas de los compañeros, toma el fusil, dispara cincuenta y dos tiros, hiere a trece y mata a siete.

Al hacer la pericia, Lombroso sostiene que los caracteres anatómicos, biológicos y psicológicos del imputado encuadran en la del delincuente nato y del loco moral: fisonomía, anomalía de los dientes, pereza, amor a las orgías, etcétera. Pero dice algo más: la epilepsia se sobrepone a la locura moral y exagera sus líneas, lo que bastaría para sospechar que una es manifestación de la otra.

Consecuentemente, la pérdida del sentido moral es producida por una enfermedad cualquiera que ataque al cerebro del niño o del feto, entre la que sobresale la epilepsia[60].

d) *La teoría criminogenética definitiva*. Con lo expuesto, Lombroso tiene armado el rompecabezas que tanto buscó. En varios artículos (*Identità*, y un *rapport* sobre la epilepsia de 1885) publica sus conclu-

[59] Landecho, *La tipicidad lombrosiana de delincuentes*, p. 202.

[60] Landecho, *La tipicidad lombrosiana de delincuentes*, p. 205.

siones que luego terminaran en la edición siguiente del *Uomo*.

En síntesis, sostiene que la epilepsia es el nexo de unión y el punto central del sistema criminológico. Al producirse la detención en el desarrollo, algunos centros psíquicos quedan imperfectamente nutridos o desarrollados, y con ello ofrecen puntos de menor resistencia a la acción externa. De ahí se siguen los estigmas corporales y las tendencias delincuenciales.

La epilepsia es la irritación de ciertos centros corticales que al descargar producen el ataque epiléptico motórico conocido.

Si ataca otros centros corticales, distintos de los motores, producirá diversos trastornos que se engloban bajo el nombre de epilepsia larvada[61].

Una de sus formas más peligrosas, desde lo criminológico, es la que ataca los centros reguladores de la vida moral, que está localizada en el cerebro, de allí queda convertido en un loco moral y, en consecuencia, en un delincuente nato. La epilepsia es, en ciertos casos, la causa de la locura moral.

Ahora bien, cuando la epilepsia ataca los centros cerebrales del sentido moral, lo primero que se pierde es la valoración moral actual, por lo que el delincuente retrocede hasta la cosmovision del salvaje.

e) Análisis crítico. Con lo expuesto es suficiente para el análisis de cómo surge la teoría *peligrosista*, en dónde está su fundamento y, por qué no decirlo, también su punto más débil. Las críticas a esta opinión han sido hechas oportunamente y no es necesario volver sobre este tópico[62], aunque quizá sea necesario ci-

[61] Landecho, *La tipicidad lombrosiana de delincuentes*, p. 208.

[62] Sobre el tema, Donna, *La peligrosidad en el derecho penal*, p. 5.

tar a Soler[63], quien se refería al criterio de la peligrosidad como base de las sanciones jurídico-penales como impreciso, indeterminado, con dificultades para su aplicación y con la tendencia a la invasión.

La contradicción con lo jurídico es más que notoria. La peligrosidad no es otra cosa que un análisis individual de personas; en cambio, el derecho busca, en base a lo normativo, dar reglas generales en búsqueda de la justicia, respetando los derechos fundamentales de la persona.

Pero, quizá, en donde más se nota su debilidad sea en la posibilidad cierta de ser utilizada por los gobiernos autoritarios de turno. La historia más reciente demuestra con claridad del uso de este tipo de teorías, tanto por las dictaduras de derecha, como de izquierda.

De todas formas, la teoría peligrosista que se basó en Lombroso, desconoció las ideas básicas de éste, en el sentido que, como médico que era, no intentó normativizar sus ideas.

Sólo debe decirse que quien crea que las ideas de Lombroso son historia, se equivoca. Las nuevas posiciones basadas en la genética, seguramente intentarán explicar el delito como una obra que nada tiene que ver con la libertad el hombre y, por qué no, la historia habrá comenzado nuevamente, en el sentido que tanto desde la biología como desde la sociología se intenta explicar toda la conducta del hombre.

§ 4. ***FUNDAMENTO DE CONOCIMIENTO DE LAS SANCIONES JURÍDICO-PENALES.*** – El fundamento de conocimiento parte de un plano de la lógica, y no ya de los objetos reales. En este ámbito de la lógica existen proposi-

[63] Soler, *Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso*, p. 189 y 190.

ciones, por medio de las cuales se logra deducir otra. O sea, que partiendo de determinadas premisas se llega racionalmente a una conclusión[64].

El fundamento de conocimiento quiere decir que, junto al fundamento real, esto es el delito, se necesita de un juicio de conocimiento, por el cual la sanción que se aplica es consecuencia del hecho del autor, de su culpabilidad o, en su caso, de su peligrosidad, en el supuesto de medidas de seguridad.

El fundamento de conocimiento surge sin duda en el juicio penal. Debe tenerse en cuenta que este fundamento sólo es posible en un Estado de derecho, cuando el proceso se ajusta a lo establecido por la Constitución, en el sentido que el juicio está basado en un código de procedimientos como medio útil para poder llegar a la verdad real de lo acaecido.

Pues bien, este proceso de conocimiento debe respetar los derechos fundamentales de la persona. Con lo cual se acepta la llamada *teoría de la prohibición de prueba* en el proceso. Esto quiere decir que no es cierto, de manera absoluta, el principio sentado por la doctrina, en el sentido de que todo se pueda probar y de cualquier manera[65].

[64] Seguimos a Gössel en dos trabajos, ambos en versiones mimeografiadas. El primero de ellos, el que se cita, si no hay otra aclaración: *Las prohibiciones de prueba en el procedimiento penal alemán*. El segundo, *Die Beweisverbote im Strafverfahrensrecht der Bundesrepublick Deutschland*, trabajo presentado en el XII Congreso de Derecho Comparado de Montreal en 1990, en adelante se lo cita como *Die Beweis*.

[65] Así parece surgir de las afirmaciones de Vélez Mariconde, Alfredo, *Tratado de derecho procesal penal*, t. II, p. 198. En contra, Gössel en los artículos antes citados; también Roxin, Claus, *Strafverfahrensrecht*, § 24, y, últimamente, Bofill, Jorge, *Las prohibiciones de prueba en el proceso penal*, "Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso", XII, 1988, p. 225 y siguientes.

El principio básico, que gobierna el tema de la prueba en el proceso, se puede resumir de la siguiente forma: no constituye un principio de ningún ordenamiento procesal que la verdad deba ser averiguada a cualquier precio.

Con lo cual se demuestra la existencia del problema, consistente en dos intereses contrapuestos. Por un lado el del Estado, que busca castigar a los culpables mediante una averiguación ilimitada de la verdad y, opuestamente, están los principios del Estado de derecho, que exigen salvaguardar, por una parte, los derechos de los inocentes y, por otra, garantizar los derechos fundamentales del ser humano[66].

Con lo cual se está afirmando, *prima facie*, que en este juicio de conocimiento no se pueden pasar ciertos límites, y que si se hace, dichos conocimientos no deben ser utilizados por el Estado en contra de la persona acusada.

Se trata en el fondo de un problema ético, por el cual el Estado no debe utilizar medios de prueba que hayan sido obtenidos ilegalmente, o más aún, violando los derechos básicos de la persona, que se han reconocido en la Constitución nacional y a los que el Estado, tal como hemos visto, está también obligado a respetar.

A los efectos de sistematizar esta idea se desarrolló en Alemania, la llamada *teoría de la prohibición de prueba*, que surgió a principios de siglo, en los primeros escritos de Beling[67].

No viene al caso hacer un análisis pormenorizado de las distintas posiciones que se han desarrollado a

[66] Gössel, *Die Beweis*, p. 2.

[67] Gössel, *Las prohibiciones de prueba en el procedimiento penal alemán*, p. 1.

los efectos de llegar a un concepto único sobre la prohibición de prueba.

A modo de síntesis, se podría afirmar, siguiendo en esto a Gössel, que los autores han tomado distintos caminos, que van desde la búsqueda de la esencia de las prohibiciones de prueba, tanto desde un aspecto formal, como material, hasta un concepto funcional, en las cuales se analizan los efectos propiamente dichos de tales prohibiciones[68].

De todas formas no hay duda que el Estado debe aceptar una serie de reglas básicas a los efectos de llegar a la verdad en el proceso, y esas reglas no son otras que las contenidas en el código de procedimientos. La teoría de la prohibición de prueba busca, de alguna manera, salvaguardar la pureza del procedimiento y, por otra, disciplinar a los tribunales para la realización de un procedimiento legítimo. Si bien, desde un punto de vista formal, ello es ayudado por la norma procesal, cuando regula expresamente la manera en que se pueden llegar a incorporar las pruebas al debate y cómo se debe producir la prueba. Si bien el código procesal regula la prueba testimonial, pericial, el secuestro de objetos, etc., el hecho es que la jurisprudencia no ha logrado, por lo menos en la Argentina, elaborar una teoría clara y precisa sobre las prohibiciones de prueba.

El problema que existe, como el lector podrá observar, es que si todo el proceso debe atenerse estrictamente al código de procedimientos, cualquier irregularidad ocasionaría la nulidad de la sentencia, que de eso se trata.

Para ello, se utilizó el llamado ámbito jurídico del inculpado, por la cual "una sentencia podría ser anu-

[68] Gössel, *Las prohibiciones de prueba*, p. 9.

lada debido a una infracción contra la prohibición de prueba, tan sólo cuando dicha infracción afecte al inculpado de manera esencial en sus derechos"[69]. Con lo cual se soluciona un problema, pero deja subsistentes otros, en los cuales existen irregularidades que pueden no afectar el ámbito jurídico del imputado y que, sin embargo, la ley procesal cuida en regular de una manera especial.

Con lo cual, como bien dice Gössel, quedan vigentes el problema entre el interés de la acción penal y el interés del inculpado[70].

El Tribunal Constitucional Federal alemán ha desarrollado, en este tema, la *teoría de las tres esferas*: *a*) una esfera íntima del derecho personal, o sea, un ámbito esencial de la vida privada, en sí inviolable; *b*) otro ámbito superior de la vida privada, y *c*) una esfera del comportamiento humano público que se halla fuera del derecho de la personalidad.

Toda la prueba, obtenida en este último sector, es permitida sin límite y, además, es posible su introducción en el proceso sin ningún tipo de problema[71].

Por otra parte, las anotaciones realizadas en el ámbito esencial del derecho de la personalidad no pueden ser valoradas, sin excepción alguna. En cambio, "los hechos averiguados por lesiones en otros ámbitos de la vida privada tan sólo pueden utilizarse ante el tribunal, cuando ello se hace en interés primordial de la generalidad y ateniéndose estrictamente al principio de proporcionalidad"[72].

[69] Gössel, *Las prohibiciones de prueba*, p. 14.

[70] Gössel, *Las prohibiciones de prueba*, p. 19.

[71] OLG Schleswig, JZ 79, 816, citado por Gössel, *Las prohibiciones de prueba*, p. 20.

[72] Gössel, *Las prohibiciones de prueba*, p. 21.

Esta teoría fue acompañada por un principio básico del Tribunal Constitucional Federal que declaró, en forma expresa, que "los derechos fundamentales protegen el desarrollo, no la degeneración de la personalidad"[73].

Siguiendo en esto a Gössel, entendemos que el tema de las prohibiciones de prueba es de difícil conceptualización. El Código Procesal Penal de la Nación, ha tomado partido, en su art. 166 y ss., y en especial en su art. 167, por una sistemática estricta de las nulidades, en el sentido de limitar las causas que llevan a la nulidad de la sentencia, permitiendo que las irregularidades que no afecten al derecho de defensa de las partes, sea una nulidad que pueda corregirse[74]. Con lo cual, un primer criterio sería que no hay posibilidad que se llegue a la verdad usurpando los derechos individuales, salvo que esto esté expresamente permitido, tanto por la ley como por la Constitución, ejemplo de ello es el allanamiento de morada mediante orden de juez competente (art. 18, Const. nacional). Sin embargo, también hay que sostener, enfáticamente, que no hay posibilidad de violación de otros derechos personales, ni siquiera con orden de juez competente, tal el caso de la tortura, ya que, en esos supuestos, tanto quien infringe el tormento como el juez que lo autoriza, serían autores de hechos delictivos.

Por último, hay que tener en cuenta que producida la violación de prueba, la sentencia será nula si ella se ha elaborado como resultado de esa violación. Dicho en otros términos, si excluida la prohibición de prueba, no es posible llegar a la conclusión condenatoria.

[73] Gössel, *Las prohibiciones de prueba*, p. 23.

[74] Donna - Maiza, *Código Procesal Penal y disposiciones complementarias*, p. 171 y siguientes.

Basta este breve resumen de las posiciones para sostener que, en un Estado de derecho, la verdad no puede obtenerse a cualquier precio. Quizá sea necesario un mayor tiempo de estudio, por una parte, y de práctica jurisprudencial por otra, para poder lograr una conceptualización precisa del tema.

La Corte Suprema de Justicia, a partir del caso "Montenegro"[75], basada en principio en jurisprudencia de la Corte de los Estados Unidos de América, ha tomado un rumbo que, casi sin excepciones, ha aceptado que la prueba que se ha incorporado al proceso de manera ilegal, no deba ser tomada como elemento útil a los fines de la condena del imputado. En el caso "Daray"[76], la Corte Suprema sostuvo una interesante doctrina, basada en el hecho de que, cuando la policía de la Delegación San Rafael, Mendoza, se encontraba realizando controles de rutina, detuvo a una persona que conducía un automóvil. La policía lo invitó a concurrir a la seccional de policía respectiva, en donde no se constató ninguna irregularidad en la identificación del auto. Mientras estaba en la policía, espontáneamente aquella persona involucró a sus hijos, diciendo que ellos tenían automóviles extranjeros, con patente diplomática. Con esta noticia, la policía llega hasta los hijos, quienes reconocieron el hecho. En consecuencia se libró orden de allanamiento, actuando el juez federal en turno por el delito de contrabando. Se encontró un automóvil Mercedez Benz, con chapa diplomática, cuyo propietario era el cónsul de Paraguay en la ciudad de Resistencia. El cónsul solicitó la devolución del auto y la Corte Suprema de Justicia intervino a los efectos de analizar la corrección de los procedimientos.

[75] *Fallos*, 303:1938.

[76] CSJN, 22/12/94, "Daray, Carlos", *LL*, 1995-B-349.

La mayoría de los miembros del tribunal votaron por la invalidez del procedimiento, claro que con diversos fundamentos y sobre distintos aspectos.

La primera cuestión, que aparece en el voto de los jueces Levene, Nazareno y Moliné O'Connor, es con relación a la detención de la primera persona. El tribunal dijo que "la detención de un ciudadano sin que exista flagrancia o indicios de que sea responsable de delito alguno, hace nulo el procedimiento y lo actuado en consecuencia. Esa nulidad surge al haberse violado la regla del art. 18 de la Const. nacional, que requiere la existencia de una orden de detención de la autoridad competente. Dicha orden no se suple cuando la policía utiliza la facultad que tiene a los efectos de identificación de las personas".

Y esto surge en virtud que la llamada *invitación policial* no puede ser aceptada como tal, sino que es una simple y llana detención. Si esto era una detención, ella ha sido en contra de los dispuesto por el mencionado art. 18 de la Const. nacional.

Lo que la Corte Suprema ha dicho con este fallo, según lo sostiene con razón Carrió, quien anotó dicha sentencia[77], es "que para considerar legítimo un arresto policial es necesario la presencia de indicios concretos de culpabilidad, tal como lo señala el ordenamiento procesal". La consecuencia es, sin duda, la regla de exclusión, esto es, la imposibilidad de utilizar la prueba así lograda. Bien dice Carrió que la Corte aplicó "la doctrina del caso Rayfors (*Fallos*, 308:733; *LL*, 1986-C-396), reafirmado luego en los casos Ruiz y Francomano"[78]. El tribunal concluyó: "si en el proceso existe un solo cauce de investigación y éste estuvo

[77] Carrió, Alejandro, *Detenciones arbitrarias y reglas de exclusión: cuando la Corte habla así, da gusto oírla*, *LL*, 1995-B-354.

[78] Carrió, *Detenciones arbitrarias*, *LL*, 1995-B-354.

viciado de legalidad, tal circunstancia contamina de nulidad todas las pruebas que se hubieran originado a partir de aquél". Pero reafirmando la posición que venimos sosteniendo, en el voto de Levene, Moliné O'Connor y Nazareno[79], sostuvieron que "no es posible aprovechar las pruebas obtenidas con desconocimiento de las garantías constitucionales, aun cuando presten utilidad para la investigación, pues ello compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito". Por último, y éste es el punto relevante, en cuanto al tema de prohibición de pruebas, que estamos analizando, la Corte sostuvo que todo proceso penal debe ser tramitado de conformidad con una ley preexistente que al mismo tiempo faculte y limite al Estado en el ejercicio de la coacción procesal, respetando las libertades individuales aseguradas por la Constitución nacional.

Un caso similar, ha sido analizado, esta vez en forma minoritaria, por la Corte Suprema de Justicia[80]. Allí los doctores Belluscio, Petracchi y Boggiano se expiden en el caso de un imputado que fue llevado a la seccional policial e interrogado como testigo. Posteriormente fue trasladado a la División Robos y Hurtos para la exhibición del álbum de malvivientes, sin que constara que el cambio de su situación procesal se le hubiere hecho saber. En este punto, la minoría sostuvo que no es éste el supuesto del caso "Cabral" (del 14/10/92, c.9.XXIV), en la cual se aceptó que no violaba el art. 316 del Cód. de Proc. en Materia Penal la comunicación por parte de la autoridad policial, de un

[79] CSJN, "Montenegro", *Fallos*, 303:1938; íd., "Fiorentino", *Fallos*, 305:1752.

[80] CSJN, 10/8/95, "García D'Auro, Ramiro E., y otros s/robo de automotor en poblado y en banda", G. 79, XXIV.

dato aportado por el acusado, en la medida que no fue producto de coacción. Y esto es así porque en el presente caso, la policía, lejos de tomar una manifestación del imputado, lo interroga, buscando su responsabilidad.

Es doctrina de la Corte –dice el voto minoritario– que la persona que es sospechosa de un delito no puede ser interrogada bajo juramento, ya que se la obliga a mentir o a declarar contra sí mismo. Por lo tanto, como ese acto es nulo, los restantes actos derivados de él también lo son, y, en consecuencia, se hizo lugar al recurso extraordinario.

Con lo expuesto es claro lo que parece ser un esbozo de doctrina de la Corte Suprema de Justicia, consistente en que el Estado no puede tomar como dato, para incriminar a una persona, una prueba obtenida de manera ilegal, tal como se ha comprobado en los mencionados fallos.

En síntesis, el problema del fundamento de conocimiento afirma que la sanción penal surge de un juicio previo y que éste tiene que tener como marco la ley, y, además, ser respetuoso de los derechos fundamentales del individuo.

§ 5. ***FUNDAMENTO JURÍDICO DE LAS SANCIONES JURÍDICO-PENALES.*** – El fundamento jurídico de la sanciones penales es un tema que se tratará más adelante (§ 8 y 9). Sólo es necesario decir que nos hallamos en el punto vital que trata de la legitimidad del Estado para aplicar la pena, en el cual está en juego la relación del individuo y sus derechos básicos con el Estado y, por tanto, la legitimidad para aplicar una pena. No debemos olvidar que hubo –y sin duda habrá– doctrinas que negaron que el Estado pudiera imponer penas. Los anarquistas sostuvieron, como bien lo hace notar Jiménez de Asúa, que la vida social debía organizarse

con ausencia de toda autoridad, sin más vínculos normativos que la propia conciencia[81].

Se trata de construir la idea de un Estado que esté inmerso en la ley, limitando por ende su accionar. Es, sin duda, en este punto en donde se marca la diferencia entre el Estado de derecho y el Estado totalitario.

§ 6. ***FUNDAMENTO FINAL O TELEOLÓGICO DE LAS SANCIONES JURÍDICO-PENALES.*** – Vamos a introducirnos en el estudio de las diversas teorías que justifican la pena, y es en este punto en donde se muestra con más vehemencia la discusión de las distintas escuelas.

En principio, se puede decir que el error que surge notorio en la discusión es la confusión entre el concepto de sanciones penales y el fin que ellas tienen, con lo cual se equiparan ambas cosas, creando una seria contradicción conceptual. El concepto de pena lleva, para algunos autores, dentro de sí el de fin, lo que demuestra, en principio, un error conceptual que es el que intentamos poner en claro. La necesaria diferenciación servirá para poner la discusión en sus justos términos.

a) *KANT Y LAS TEORÍAS QUE VEN EN LA PENA UNA RETRIBUCIÓN.* Como bien dice Roxin[82], estas teorías son las que han modelado la cultura alemana del siglo pasado, basadas en la filosofía cristiana y el idealismo alemán y, sin duda, aparece como la teoría que, de una manera explícita o implícita, han seguido los tribunales y los autores. La cuestión es manifiesta en Alemania, y quizá no tanto en la Argentina, en donde el positivismo italiano, basado en Lombroso y en Ferri, ha tenido

[81] Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. II, p. 16.

[82] Roxin, Claus, *Sentido y límite de la pena. Problemas básicos de derecho penal*, p. 11 y siguientes.

una mayor influencia. De allí que hayan triunfado, normalmente, las teorías de la prevención especial.

Los dos autores claves para entender a esta teoría, que se confunde –y mal– con las teorías absolutas, son Kant y Hegel.

En principio, se puede decir que el núcleo de la filosofía kantiana del derecho se encuentra en su *metafísica de las costumbres*. La palabra metafísica tiene un significado preciso, y quiere decir aquella forma de conocimiento racional pura, esto es, no derivada de la experiencia. Es el conocimiento que se deriva del intelecto puro y de la razón pura[83]. Una *metafísica de las costumbres* es el estudio de los principios racionales *a priori* de la conducta humana, en contraposición a un estudio empírico de ella.

Por otra parte, Kant estructura toda la teoría ética en la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, de manera que recurriremos a este texto para analizar lo afirmado por el filósofo de Königsberg[84].

Kant comienza afirmando el origen *a priori* de todos los conceptos éticos. "Por todo lo dicho se ve claramente que todos los conceptos morales tienen su asiento y origen, completamente *a priori*, en la razón, y ello en la razón humana más vulgar tanto como en las altamente especulativas"[85].

Con lo cual se está afirmando que los conceptos morales no pueden ser abstraídos de ningún conocimiento empírico, ya que de esa forma serían contingentes; por ese origen surge su dignidad[86].

[83] Kant, *Prolegómenos a toda metafísica futura*, ap. 1, *Gesammelte Scriften*, IV, p. 266.

[84] Seguimos la versión mejicana de la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*.

[85] Kant, *Fundamentación*, p. 33.

[86] Kant, *Fundamentación*, p. 33.

Sobre la base de esta afirmación, se puede decir, además, si bien cada cosa en la naturaleza actúa según leyes, sólo el hombre, como ser racional, tiene la facultad de obrar, según la representación de esas leyes, esto es, por principios. Por otra parte, el hombre tiene voluntad. Como para derivar las acciones de las leyes se exige razón, resulta que la voluntad no es otra cosa que razón práctica. "Además, como la razón determina indefectiblemente a la voluntad, las acciones de este ser son tanto objetiva, como subjetivamente necesarias. Con esta afirmación se puede afirmar que la voluntad es una facultad de elegir solamente lo bueno. En caso contrario, cuando la voluntad no sigue a la razón, dichas acciones son subjetivamente contingentes, y por eso es una constricción. En cambio, la representación de un principio objetivo, en tanto que es constrictivo para una voluntad, llámase mandato de la razón, y la fórmula del mandato llámase imperativo"[87].

Además, Kant realiza una división de la acción, que si es vista desde un punto de vista objetivo, es decir, desde un tercero imparcial, ella será sin lugar a dudas buena, pero al mismo tiempo y vista desde el interior del actuante, no lo es. La acción será buena si es realizada de acuerdo al deber, en cambio, si tuvo otros fines que no sean el de cumplir el deber, no será buena en el sentido moral. Quien, por ejemplo, da limosna para ganarse el cielo, no estaría realizando una conducta ética, ya que sólo utiliza esa acción como medio, y no como fin en sí; esto es, dar al pobre por el solo hecho de ser un hombre necesitado y como deber de solidaridad.

Por esto, Kant enuncia la legislación moral, afirmando que es aquella que eleva una acción a deber

[87] Kant, *Fundamentación*, p. 34.

(*pflicht*) y este deber al mismo tiempo a impulso (*Triebfeder*).

Dicho en términos más claros, una legislación que sea fin en sí misma, que ordene las acciones solamente por la bondad de ella, de tal forma que por esta razón es obedecida, es la legislación moral. En cambio, aquella legislación que admite un impulso distinto de la idea del deber por sí, es decir, que ordena una acción que no sólo tiene en cuenta el motivo interno del autor, sino también el externo, a una legislación de esta naturaleza, Kant la denomina jurídica[88].

Para poder llegar a esta conclusión, Kant debió hacer jugar antes su teoría de los imperativos. En ese sentido distingue el imperativo hipotético y el categórico. La distinción se basa en la idea que todo imperativo se expresa mediante un deber ser. Esto es, "todos los imperativos mandan hipotética o categóricamente. Aquéllos representan la necesidad práctica de una acción posible, como medio de conseguir otra cosa que se quiere (o que es posible que se quiera). El imperativo categórico sería el que representa una acción por sí misma, sin referencia a ningún otro fin, como objetivamente necesario"[89].

Para distinguirlos, Kant expresa que "si la acción es buena sólo como medio para alguna otra cosa, entonces es el imperativo hipotético; pero si la acción es representada como buena en sí, esto es, como necesaria en una voluntad conforme en sí con la razón, como un principio de tal voluntad, entonces es el imperativo categórico"[90].

[88] Kant, *Fundamentación*, I, IV, p. 393 a 397, y *Metafísica de las costumbres*, Introducción, III, IV, p. 219.

[89] Kant, *Fundamentación*, p. 35.

[90] Kant, *Fundamentación*, p. 35.

De allí que todo imperativo que se refiere a la elección de los medios para la propia felicidad, esto es, que el precepto de la sagacidad sea hipotético; la acción no es mandada en absoluto, sino como simple medio para otro propósito. No hay duda que, en este tipo de imperativos, rige el principio que quien quiere el fin, también quiere el medio.

Continúa Kant: "en cambio, hay un imperativo que, sin poner como condición ningún propósito a obtener por medio de cierta conducta, manda esa conducta inmediatamente. Tal imperativo es categórico. No se refiere a la materia de la acción y a lo que de ésta ha de suceder, sino a la forma y al principio de donde ella sucede, y lo esencialmente bueno de la acción consiste en el ánimo que a ella se lleva, sea el éxito el que fuere. Este imperativo puede llamarse de la moralidad"[91].

Ahora bien, este tipo de imperativo, que es un mandato, debe distinguirse de otro tipo de constricciones de la voluntad. Una cosa son las reglas de la habilidad, otra los consejos de sagacidad. La diferencia, entonces, consiste en que la necesidad en este caso es incondicionada y objetiva, y por ello universalmente válida. El cumplimiento de la ley debe hacerse aun en contra de toda inclinación.

Como bien dice Kant, a los imperativos hipotéticos se los puede denominar técnicos, ya que pertenecen al arte, o pragmáticos, ya que atañen a la ventura. En cambio, los que se refieren a la conducta libre, son los morales.

La pregunta que se hace nuestro autor, es cómo son posibles los imperativos. En cuanto a los imperativos de habilidad, no son difíciles de explicar. "El

[91] Kant, *Fundamentación*, p. 36.

que quiere el fin, quiere también (en tanto que la razón tiene influjo decisivo sobre sus acciones) el medio indispensable para alcanzarlo, si está en su poder"[92].

En cuanto a los imperativos de sagacidad, también coincidirían con los de habilidad, y serían, asimismo, analíticos. También se podrá decir, el que quiere el fin, quiere también (de conformidad con la razón, necesariamente) los únicos medios que están para ello en su poder.

El problema, entonces, se refiere a los imperativos de la moralidad, ya que la necesidad no puede asentarse en ninguna suposición previa, tal como era en los imperativos hipotéticos. En el ejemplo "no debes prometer falsamente", tal obligación es legal, y no permite que se lo analice como un imperativo hipotético. Si lo interpretamos como imperativos hipotéticos, el razonamiento sería el siguiente: no es conveniente prometer falsamente, ya que si eres descubierto, podrás perder el crédito. También se podría afirmar que no se debe prometer falsamente porque le da vergüenza al autor. Todas estas formas demuestran que el estudio de los imperativos morales debe hacerse *a priori*. De modo que "el imperativo categórico es el único que se expresa en la ley práctica". De allí que sea incondicionado, y no deja a la voluntad ningún arbitrio con respecto al objeto, y tiene en sí la necesidad que expresa la ley.

Además, el imperativo categórico, o ley de la moralidad, es una proposición sintético-*a priori*.

El imperativo categórico es "único, y es como sigue: obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne en ley universal"[93].

[92] Kant, *Fundamentación*, p. 37.

[93] Kant, *Fundamentación*, p. 39.

De este único imperativo se deducen todos los imperativos del deber.

Ahora bien, la universalidad de la ley determina que el imperativo universal pueda formularse de la siguiente forma: "obra como si la máxima de tu acción debiera tornarse, por su voluntad, ley universal de la naturaleza"[94].

Para explicar cómo funciona el imperativo categórico, Kant pone como ejemplo el suicidio, y se pregunta si es compatible con este imperativo. La respuesta es contundente: "Pero pronto se ve que una naturaleza cuya ley fuese destruir la vida misma, por la misma sensación cuya determinación es atizar el fomento de la vida, sería contradictoria y no podría subsistir como naturaleza; por lo tanto, aquella máxima no puede realizarse como ley natural universal y, por consiguiente, contradice por completo al principio supremo de todo deber"[95].

Podemos hacer una síntesis de lo visto con palabras de Kant: "si el deber es un concepto que debe contener significación y legislación real sobre nuestras acciones, no puede expresarse más que en imperativos categóricos y de ningún modo en imperativos hipotéticos. También tenemos expuesto claramente y determinadamente, para cualquier uso, el contenido del imperativo categórico que debiera encerrar el principio de todo deber"[96].

Con lo cual este principio es necesario para todos los seres racionales y, consecuentemente, deberá ser *a priori*, puesto que son leyes determinadas por la razón.

[94] Kant, *Fundamentación*, p. 40.
[95] Kant, *Fundamentación*, p. 40.
[96] Kant, *Fundamentación*, p. 41.

En este orden de ideas hay que buscar algo "cuya existencia en sí misma posea un valor absoluto, algo que, como fin en sí mismo, pueda ser fundamento de determinadas leyes, entonces en ello y sólo en ello estaría el fundamento de un posible imperativo categórico". Y la base de esto la encuentra Kant en el hombre. "El hombre, y en general todo ser racional, existe como fin en sí mismo, no sólo como medio para usos cualesquiera de esta o aquella voluntad; debe en todas sus acciones, no sólo las dirigidas a sí mismo, sino las dirigidas a los demás seres racionales, ser considerado siempre al mismo tiempo como fin". Con lo cual, el imperativo práctico será el siguiente, que es la tercera forma del imperativo categórico: "obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como medio"[97].

Por último, Kant razona en el sentido que la voluntad es legisladora por medio de sus máximas universales. Para ello debe sostener que "si hay un imperativo categórico, sólo podrá mandar que haga todo por la máxima de una voluntad tal que pueda tenerse a sí misma al mismo tiempo como universalmente legisladora respecto del objeto; pues sólo entonces es incondicionado el principio práctico y el imperativo a que obedece, porque no puede tener ningún interés como fundamento"[98]

En este punto Kant llega a la idea que, a nuestro juicio, ha sido la más rica y provechosa para el reconocimiento de la dignidad del hombre en la modernidad, y sobre la cual, sin duda, está basada toda noción de derechos humanos; esto es la autonomía de la vo-

[97] Kant, *Fundamentación*, p. 41.

[98] Kant, *Fundamentación*, p. 47.

luntad. Dice Kant que "el concepto de todo ser racional, que debe considerarse, por las máximas toda de su voluntad, como universalmente legislador, para juzgarse a sí mismo y a sus acciones desde ese punto de vista, condice a un concepto relacionado con él y muy fructífero, el concepto de un reino de los fines"[99]; y agrega que "la voluntad es absolutamente buena cuando no puede ser mala y, por tanto, cuando su máxima, al ser transformada en ley universal, no puede nunca contradecirse. Este principio es, pues, también ley suprema: obra siempre por tal máxima, que puedas querer al mismo tiempo que su universalidad sea ley; ésta es la única condición bajo la cual una voluntad no puede estar nunca en contradicción consigo misma, y este imperativo es categórico. Como la validez de la voluntad, como ley universal para acciones posibles, tiene analogía con el enlace universal de la existencia de las cosas según leyes universales, que es en general lo formal de la naturaleza, resulta que el imperativo categórico puede expresarse así: obra según máximas que puedan al mismo tiempo tenerse por objeto a sí mismas, como leyes naturales universales"[100].

Con lo cual queda afirmada la autonomía de la voluntad como principio supremo de la moralidad.

Claro está que para poder aceptar tales ideas básicas, se debe admitir la libertad del hombre. Esta idea, revolucionaria de por sí, exige que "todo ser racional que tiene una voluntad debemos atribuirle necesariamente también la idea de libertad, bajo la cual obra"[101]. La idea surge más clara todavía en Kant, cuando dice: "Como ser racional y, por tanto, perteneciente al mundo inteligible, no puede el hombre pen-

[99] Kant, *Fundamentación*, p. 47.
[100] Kant, *Fundamentación*, p. 50.
[101] Kant, *Fundamentación*, p. 56.

sar nunca la causalidad de su propia voluntad, sino bajo la idea de la libertad, pues la independencia de las causas determinantes del mundo sensible (independencia que la razón tiene siempre que atribuirse) es libertad. Con la idea de libertad hállase, empero, inseparablemente unido el concepto de autonomía, y con éste el principio universal de la moralidad, que sirve de fundamento a la idea de todas las acciones de seres racionales, del mismo modo que la ley natural sirve de fundamento a todos los fenómenos"[102].

En base a esto, la moral está compuesta del imperativo categórico que debe ser obedecido por su valor intrínseco, por el deber y sólo por el deber. En cambio, el derecho está constituido por imperativos a los cuales obedece el hombre, pero por motivos distintos del deber. "El puro acuerdo o desacuerdo de una acción con la ley, sin tener en cuenta su impulso, se llama legalidad (*Gesetzmässigkeit*), esto es, conformidad a la ley. Si, en cambio, el deber que se deriva de la ley es el mismo que surge de la voluntad que impulsa a la acción, estamos ante la moralidad (*Sittlichkeit*)"[103].

Como conclusión, de esta breve exposición sobre la ética kantiana, se puede llegar a una primera reflexión que deberá ser tenida en cuenta en la teoría jurídica y especialmente en la fundamentación de la pena. Es la que funda el Estado liberal. La idea de autonomía de la voluntad, que no es otra cosa que la capacidad del individuo de darse su propia ley y que si no afectan derechos de terceros, debe ser respetada por el Estado[104].

[102] Kant, *Fundamentación*, p. 59.

[103] Kant, *Metafísica de las costumbres*, p. 214.

[104] Donna, Edgardo, *El delincuente por conciencia. Un problema de colisión de deberes*, "Doctrina Penal", 1989-385.

Sobre la base de lo antes expuesto, Kant diferencia la moral del derecho, tema que ya estaba planteado en la filosofía moral y iusnaturalista y que Tomasius había delineado con claridad[105]. Se podría decir que el objeto de la metafísica de las costumbres es el hombre, entendiendo a éste como aquel ser libre, racional, que no está sometido a las leyes de la naturaleza.

La voluntad juega acá un papel fundamental. Sólo la voluntad puede ser denominada como buena, esto es, aquella voluntad que no se encuentra determinada por los impulsos de los sentidos o por el cálculo de las consecuencias de su acción, sino sólo por la necesidad de obedecer al deber. La distinción entre el ámbito interno y el externo surge distinto a Tomasius, donde "el criterio era lo externo y lo interno", acá la distinción no es lo esencial, sino que ella viene dada por la distinción de derecho y moral, por una parte, y por la teoría de los imperativos por otro, que se traduce en el motivo por el cual es obedecida la legislación: la moral es interna al tener el sujeto que actuar de acuerdo al deber, en cambio el derecho es externo, ya que no interesa el motivo por el cual se obedece.

De lo que se deduce que la voluntad jurídica puede aparecer como heterónoma, mientras que la voluntad moral es autónoma, ya que es ley de sí misma, está determinada por ella y no por lo externo, y el sujeto encuentra en sí mismo la ley del deber que lo lleva a obrar. Si esto es así, el Estado no puede entrar en el ámbito interno del individuo, en donde rige la ley del individuo.

Por lo que se lleva visto, el derecho atañe a la relación externa y práctica de un ser humano hacia otro,

[105] Welzel, Hans, *Macht und Recht*, en "Fest. für Hugelmann", p. 833 a 843.

en cuanto sus acciones, de alguna manera pueden tener influencia recíproca[106].

Pero a esta relación de intersubjetividad, Kant le agrega que "la relación con los demás no es una relación del arbitrio (*Willkür*) con el deseo (*Wunsch*) de los demás, sino que hace referencia a relaciones de libertad entre los sujetos. Acá se entiende por arbitrio la facultad de desear, unida a la conciencia de la capacidad de la acción para producir el objeto"[107]. Por último, esta relación de arbitrio, con otro, no tiene en cuenta la materia del arbitrio, sino sólo su forma, en cuanto se armonicen ambas con la libertad del otro según una ley universal[108].

Para finalizar, se puede definir el derecho como "el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad"[109].

Con lo cual la idea de coactividad es ínsita al derecho, al ser condición o instrumento de la coexistencia de las libertades externas de las personas. Kant razona de la siguiente forma: "Por tanto, si un determinado uso de la libertad misma es un obstáculo a la libertad según leyes universales, es decir, contrario al derecho (*unrecht*), entonces la coacción que se le opone, en tanto obstáculo frente a lo que se opone u obstaculiza la libertad, concuerda con la libertad según leyes universales; es decir, conforme al derecho (*recht*). Por consiguiente, al derecho está unida a la vez la facultad de coaccionar a quien lo viola, según el princi-

[106] Kant, *La metafísica de las costumbres*, p. 213.

[107] Kant, *La metafísica de las costumbres*, p. 230.

[108] Kant, *La metafísica de las costumbres*, p. 230.

[109] Kant, *La metafísica de las costumbres*, Introducción a la teoría del derecho, § B.

pio de constricción"[110]. De modo que derecho y facultad de constreñir es la misma cosa (*Befugnis zu zwingen). La* argumentación de Kant parte de la idea que el derecho no puede ser pensado como compuesto por dos elementos: la obligación, por una parte, y la facultad que obliga a los otros por su arbitrio para coaccionarle, por el otro. Todo lo contrario, "podemos establecer inmediatamente el concepto de derecho sobre la posibilidad de conectar la coacción recíproca universal con la libertad de cada uno"[111]. De acá, entonces, la separación entre moral y derecho estricto radica en la coacción. Toda coacción, sobre el ámbito interno o de la autonomía, no es posible.

Esta idea de Kant no sería posible si no partiera, como antes se dijo, del reconocimiemto expreso de la libertad del hombre. La libertad es el fin al que se ordena el derecho por la razón, y que él cumple coordinando la libertad de los particulares de manera que la de uno no lesione a la de los otros. De acá también que los derechos innatos se reducen a uno: "libertad, en cuanto puede coexistir con la libertad de los demás según una ley universal, es el único derecho originario perteneciente a todos los hombres por amor de su humildad"[112].

El Estado es la condición necesaria para poder asegurar a los individuos sus esferas de libertad coordinadas por el derecho. De ahí el rechazo del Estado paternalista, más propio del absolutismo iluminista, en el cual "los súbditos, como hijos menores que no saben distinguir lo que para ellos es útil o perjudicial, son impelidos a comportarse tan sólo pasivamente,

[110] Kant, *La metafísica de las costumbres*, Introducción, § D.

[111] Kant, *La metafísica de las costumbres*, Introducción, § E.

[112] Kant, *La metafísica de las costumbres*, Doctrina del derecho, § B.

por esperar solamente del juicio del jefe de Estado el modo en que ellos deberán ser felices"[113].

A este Estado, contrapone Kant, el Estado en el que "ninguno me pueda constreñir a ser feliz a su modo, sino que cada uno pueda buscar su propia felicidad por la vía que le parezca buena, siempre que no impida la libertad de los otros de dirigirse a un fin semejante, la cual puede coexistir con la libertad de los demás, según una posible ley universal"[114].

Este Estado así configurado es la base del auténtico Estado liberal, y por qué no decirlo, del tantas veces proclamado Estado de derecho moderno.

Para poder llegar al concepto de pena, es necesario volver, aunque sea por unos momentos, al concepto de derecho. En ese sentido, expresa: "Que la esencia del Estado sólo es posible en la unidad de hombres defectuosos según la ley de derecho"[115]. Este derecho es el que Kant denominaba *derecho público* y es el que otorga lo que le pertenece a cada uno. A este derecho público pertenece el derecho penal. La ley prohíbe el robo, el homicidio y el asesinato. Si de los principios generales del derecho surgía para mí el deber, también surge mi limitación, que no es otra cosa que la libertad de los otros.

No hay duda alguna que la ley penal tiene el rango de un imperativo categórico, en cuanto la justicia es una exigencia absolutamente válida, ya que en toda sanción debe haber justicia[116]. Por tanto, será la nota

[113] Kant, acerca del dicho común: lo que es justo en teoría puede no serlo en la práctica, *La metafísica de las costumbres*, II, VIII, p. 290 y 291.

[114] Kant, *La metafísica de las costumbres*, p. 140.

[115] Kant, *La metafísica de las costumbres*, p. 141.

[116] Kant, *Crítica de la razón práctica*, V, 37, citado por Höffe, Otfried, *Kategorische Rechtsprinzipien*, p. 215 y siguientes.

que distinguirá este concepto de derecho penal con el que las teorías positivistas, especialmente de von Liszt, ofrecerán más tarde, ya que las teorías que le dan un fin de prevención a la pena, desde esta perspectiva, degradan al hombre, ya que lo utilizan como medio para otros fines[117].

Para Kant, el concepto de derecho penal contiene cinco elementos: *a*) es una potestad; *b*) compete a una parte del poder público, por lo cual la pena jurídica no es una venganza instintiva de la sociedad; *c*) la potestad debe aplicarse contra un individuo sometido al derecho; *d*) la potestad punitiva se ejerce contra alguien por haber delinquido, y *e*) en la pena se infringe un mal al delincuente[118].

Está claro, entonces, que la pena juega como represalia, como retribución, frente a un hecho delictivo. Pero como bien anota Höffe, desde la perspectiva racional, la represalia es un principio formal, entendida como un principio de igualdad, similar al que cumple el fiel de la balanza. Éste indica el equilibrio entre ambos platillos, con independencia de lo que haya en cada uno de ellos. Con lo cual se exige que la pena no sea ni demasiado leve, ni demasiado rigurosa, teniendo en cuenta la acción injusta[119]. El criterio para aplicar el castigo es entonces la igualdad, que es la balanza de la justicia. Por lo tanto, cualquier daño inmerecido que se ocasiona a otra persona, se lo ocasiona la propia persona que lo hace. De allí que la ley del talión ofrece la garantía más segura para poder aplicar una pena.

El error de Kant fue entender, en algunas oportunidades, este principio de igualdad formal, como ma-

[117] Höffe, *Kategorische Rechtsprinzipien*, p. 216 y siguientes.
[118] Höffe, *Kategorische Rechtsprinzipien*, p. 222.
[119] Höffe, *Kategorische Rechtsprinzipien*, p. 228.

terial, con lo cual pudo llegar a justificar la pena de muerte.

Esto lo lleva a decir que ley penal es un imperativo categórico, y desdichado aquel que se arrastra por el tortuoso sendero del eudemonismo, para encontrar algo que, por la ventaja que se puede obtener, descargase al culpable, en todo o en parte, de las penas que merece según el proverbio farisaico: "Más vale la muerte de un solo hombre que la pérdida de todo el pueblo", porque cuando la justicia perece, carece ya de cualquier valor el que los hombres moren sobre la Tierra.

Sólo el derecho del talión (*ius talionis*) permite determinar adecuadamente la calidad y la cantidad de pena que merece el delincuente, pero con la condición bien entendida de que tal cosa ha de ser apreciada por un tribunal y no por el juicio privado. Todos los demás derechos son susceptibles de modulación y no pueden concordar con la sentencia fundada en la justicia pura y estricta a causa de las consideraciones extrañas a ella que comportan tales derechos.

Si el criminal ha cometido un homicidio, también él debe morir. No hay aquí compensación alguna capaz de satisfacer a la justicia. No hay identidad alguna entre una vida llena de trabajos y la muerte. Por consiguiente, ninguna igualdad entre el crimen y la pena, más que mediante la muerte del culpable, pero una muerte pronunciada en justicia y separada de toda clase de malos tratos que pudieran hacer horrible la naturaleza humana.

Es más, si una sociedad civil llegara a disolverse por decisión de todos sus miembros, como si, por ejemplo, un pueblo que habitara una isla se decidiera a abandonarla y a dispersarse por todo el orbe, el último asesino detenido en una prisión debería ser ejecutado antes de esa disolución, a fin de que cada uno

reciba su merecido, ya que de otro modo el crimen de homicidio recaería colectivamente sobre el pueblo que descuida el imponer castigo; porque entonces podría ser considerado como partícipe de esa violación pública de la justicia. Deben ser castigados a muerte todos los asesinos y todos los que hayan ordenado semejante crimen o hayan sido cómplices de él. Así lo demanda la justicia considerada como idea del Poder Judicial, según leyes generales establecidas *a priori*[120].

De lo que se deduce que es posible alcanzar el imperativo categórico de la moralidad y con ello el mandato de la razón y de derecho, aceptando el siguiente juicio: la ley penal manda como imperativo categórico y, por lo tanto, está absolutamente enlazada con el hombre, de modo que si él no la cumple debe ser castigado. En síntesis se puede dar este principio: "La lesión de la ley penal es la herida a un deber metafísico"[121].

En *La metafísica de las costumbres*, Kant da el fundamento más amplio de su teoría de la pena. Distingue la pena judicial de la natural. En esta última nada tiene que hacer el legislador, porque el vicio se castiga a sí mismo. Estas palabras, como se verá, son casi textualmente repetidas luego por von Ihering.

En la pena judicial es en donde Kant expresa enfáticamente que no puede servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente, sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo porque ha delinquido, "porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del

[120] Kant, *La metafisica de las costumbres*, Doctrina del derecho, § E.

[121] Naucke, Wolfgang, *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, p. 32.

derecho real"[122]. Antes que se piense en el provecho, el delincuente debe haber sido juzgado como digno del castigo. El rechazo de que el procesado sea usado como medio, ya sea en su favor, ya como experimentos para fines, aun benéficos, es rechazado por Kant. Y esto es una consecuencia del nexo existente entre la pena y la culpabilidad. El delito, al ser una rebelión libre del hombre en contra de la ley, es lo que justifica el castigo, y no ningún tipo de fines sociales que convertirán al ser humano en medio para otra cosa, lo que sería éticamente intolerable.

Es en este punto en donde la teoría de la retribución de Kant es infinitamente superior a las teorías de la prevención de la pena, ya que ellas, además de permitir el uso como medio del ser humano, no pueden contestar a la pregunta clave: ¿por qué no se castiga al inculpable, si es necesario por razones de prevención, tanto especial, como general?[123].

Toda idea paternalista del Estado, idea que está en las teorías de la resocialización, no tiene cabida en Kant. Deberá, pues, si se quiere buscar fines a la pena, de la manera que se intenta con las teorías de la prevención, salirse de las que ven al Estado como imposibilitado de aconsejar a los ciudadanos sobre su manera de actuar en sociedad[124].

b) *Teoría de la prevención especial.* En la certeza que si se va a la fuente se eliminan problemas que surgen de la interpretación, que otros autores dan a la

[122] Kant, *La metafísica de las costumbres*, Doctrina del derecho, § E.

[123] Con amplitud, ver Höffe, *Kategorische Rechtsprinzipien*, p. 229 y siguientes.

[124] Naucke, *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, p. 30, afirma en cambio que, aun en Kant, la pena tiene un fin.

teoría que se quiere explicar, es que hemos optado por analizar directamente a Franz von Liszt, a quien consideramos como el autor más representativo defensor de la prevención especial, siguiendo en líneas generales su ya famoso Programa de Marburgo[125].

Como bien lo pone de resalto Jiménez de Asúa[126], al hacer un esbozo del momento histórico en que vivió von Liszt, éste se hallaba inmerso en una atmósfera en la cual sólo las ciencias naturales eran ciencia, por lo cual el derecho aparecía como acientífico; los nombres de Spencer, Comte y, fundamentalmente, la Scuola Positiva, son por decirlo de alguna manera los nombres de moda.

En cuanto a la teoría de von Liszt, hay que partir de la idea que el derecho penal no debe ser entendido sólo como dogmática, sino que es una disciplina compuesta, "en la que conviven otros conocimientos heterogéneos, que von Liszt pretende fundir en una ciencia con que intenta superar el anticientificismo del derecho"[127], que se resume con una frase contundente: "la ciencia termina donde empieza la metafísica"[128].

En consecuencia va a sostener que el delito tiene causas de diversa índole, que pueden ser tanto personales como sociales.

La síntesis de su pensamiento la ofrece Rivacoba y Rivacoba: "La pena es, en la concepción de von Liszt, esencialmente finalista, teniendo por objeto la protec-

[125] La traducción española que se sigue aparece con el título *La idea de fin en el derecho penal*, traducción de Aimone Gibson, revisada por Rivacoba y Rivacoba.

[126] Jiménez de Asúa, *Corsi e ricorsi, la vuelta de von Liszt*, en von Liszt, "La idea de fin en el derecho penal", p. 27 y siguientes.

[127] Jiménez de Asúa, *Corsi e ricorsi*, en von Liszt, "La idea de fin en el derecho penal", p. 38.

[128] Von Liszt, *La idea de fin en el derecho penal*, p. 67.

ción de bienes jurídicos, esto es, de intereses de la vida humana individual o social que el derecho, al tutelarlos, eleva de intereses vitales a jurídicos; protección de bienes jurídicos que se realiza mediante la afectación, sólo aparentemente paradójica de bienes jurídicos, los del delincuente, produciendo efecto, de una parte, sobre el conjunto de los sujetos de derecho como prevención general, y, por otra, sobre el propio delincuente como prevención especial, sea, según la índole de aquel y la categoría a que en consecuencia pertenezca, por su intimidación, su resocialización o su inocuización (neutralización)"[129].

Para von Liszt, la pena es, en su origen, una acción instintiva. "Como acción instintiva no puede ser la pena expresión de un juicio valorativo de quien castiga; no puede tener su origen en una acción del castigado, reconociéndolo como inmoral. La acción instintiva no tiene nada que ver con la ética. El origen de la pena puede y debe ser, pues, desvinculado de la ética, sin necesidad, por ello, de que ésta sea negada o repelida"[130].

Desde el principio, entonces, von Liszt se separa de la teoría kantiana. Esta primera conclusión aparece afirmada por las palabras de von Liszt refutando a von Bar: "la ética es un producto de la historia humana, mas la pena es anterior a la formación de dicho producto"[131].

De igual manera, von Liszt afirma que la pena está relacionada con el derecho por la idea de fin, que constituye la esencia del derecho, siguiendo en esto el pensamiento de von Ihering.

[129] Rivacoba y Rivacoba, prólogo en von Liszt, *La idea de fin en el derecho penal*, p. 12.

[130] Von Liszt, *La idea de fin en el derecho penal*, p. 75.

[131] Von Liszt, *La idea de fin en el derecho penal*, p. 78.

La pena en su origen tiene que ver con la venganza. Ésta es la pena primitiva, pero entendida, en su primera forma, como venganza de familia a familia. Luego dicha forma de venganza se limita a los herederos más próximos, para concluir, finalmente, en el autor. La segunda forma de pena primitiva es la expulsión de la comunidad en donde vive la persona. Por último, la tercera forma que adquiere la pena es la estatal, pero sin perder su carácter de reacción instintiva.

Si bien la pena es una reacción primitiva, con el tiempo, la acción cultural llevó a que lo que fue instintivo se transformara en voluntario y, por tanto, la idea de fin pasó a ser motivo de la acción. El instinto entonces se coloca al servicio del fin. Esto sucede con el traspaso íntegro de la pena al Estado. Es decir, cuando se generaliza la prosecución de oficio, y es entonces cuando culmina el desarrollo evolutivo de la pena[132].

Finalmente, con la objetivación de la pena, se consigue el conocimiento de las condiciones de vida de la comunidad estatal y de los individuos miembros contra quienes se dirige el delito. "Ellas quedan fijadas, sopesadas recíprocamente, declaradas intereses protegidos, elevadas a bienes jurídicos por medio de los imperativos generales: no debes matar, ni hurtar, ni cometer adulterio, ni llenar de insidia la vida de tu príncipe, ni portar el escudo del ejército fuera de los límites del territorio, etcétera"[133]. Con lo cual el catálogo de bienes jurídicos constituye, sin duda, una fuerte autolimitación del Estado en la imposición de penas.

Junto con la creación de los bienes jurídicos, se da un paso más, al reconocer las acciones que se di-

[132] Von Liszt, *La idea de fin en el derecho penal*, p. 85.

[133] Von Liszt, *La idea de fin en el derecho penal*, p. 85.

rigen contra ellos. A esto se suma la creación de un sistema de normas formadoras de conceptos que constituyen la parte general del derecho penal. Son conceptos tales como los de culpabilidad, imputabilidad, tentativa, legítima defensa, etcétera.

Con este desarrollo sucede la transformación de la venganza, forma en que funciona la pena primitiva, cuyo fin era la aniquilación del delincuente. Con la objetivización la pena gana en medida y objeto. La venganza de sangre es dejada de lado por los miembros de la sociedad, por una parte, y limitada y prohibida por el Estado por la otra. La pena cobra así la capacidad de medio de protección del orden jurídico. En síntesis, "por autolimitación, el poder de castigar llega a ser derecho penal (*ius puniendi*); por asunción de la idea de fin, la ciega e incontrolable reacción pasa a ser pena de derecho; la acción instintiva, acción voluntaria. El poder estatal ha tomado en sus manos la espada de la justicia, para defender el ordenamiento jurídico contra el malhechor que atenta contra él"[134].

De esta manera, von Liszt intenta demostrar que la medida de la pena (contenido y alcance, especie de castigo y magnitud de éste) está determinada no por el pasado, sino por el futuro. La crítica a Kant es inevitable, especialmente a la ley del talión.

La medida de la pena debe venir, sin duda, por el fin, con lo cual se recurre a las ciencias para su determinación, dejando de lado la construcción que había hecho Kant.

La pregunta que se hace von Liszt, luego de descartar el argumento metafísico, argumentando que no hay justicia absoluta, es la siguiente: ¿cómo se determina la gravedad de los delitos?, o dicho de otra ma-

[134] Von Liszt, *La idea de fin en el derecho penal*, p. 90.

nera, ¿cómo se determina la gravedad de un delito en el sistema penal?

La respuesta que da von Liszt es que se debe aplicar una pena que proteja al mundo de los bienes jurídicos. Luego, la pena justa es la pena necesaria. "Justicia en derecho penal quiere decir respeto de la magnitud de la pena exigida por la idea de fin"[135].

Así, von Liszt dice que la pena es un medio para llegar al fin. Pero ese medio debe adecuarse al fin. La pena es una espada de doble filo: protección de bienes jurídicos a través de daño de bienes jurídicos. Dice von Liszt: "No es posible concebir un mayor pecado contra la idea de fin que un dispendioso uso de la pena, como atentado contra la existencia corporal, ética y económica de un ciudadano, en situaciones en que no sea exigida por las necesidades del ordenamiento jurídico"[136].

La pena es protección de bienes jurídicos. Es coacción dirigida contra la voluntad del delincuente, deteriorando o directamente destruyendo bienes jurídicos del autor del hecho delictuoso.

Ahora bien, para llegar a descifrar qué es la pena, von Liszt recurre al único medio posible, la sociología. "Debemos examinar el delito como fenómeno social y la pena como función social, si queremos comprobar con exactitud científica su eficacia protectora de bienes jurídicos y su eficacia disuasiva de la delincuencia"[137].

Planteados así los términos de la discusión, von Liszt afirma que la pena es coacción que se dirige contra la voluntad del delincuente. Ahora bien, esa coer-

[135] Von Liszt. *La idea de fin en el derecho penal*, p. 106.
[136] Von Liszt, *La idea de fin en el derecho penal*, p. 106.
[137] Von Liszt, *La idea de fin en el derecho penal*, p. 108.

ción tiene una doble naturaleza. Hay una *coerción indirecta*, mediata, *psicológica*, que son los motivos que llevan al delincuente para que no realice la acción delictiva.

En este sentido, la pena sirve para que la persona se abstenga de delinquir, ya sea por motivos altruistas, ya sea por motivos egoístas, que en el fondo son coincidentes. Además, la coerción es directa, inmediata, mecánica, violenta[138]. La pena, dice von Liszt, es secuestro del delincuente, transitoria o persistentemente, neutralización, expulsión de la comunidad o aislamiento dentro de ella. Aparece como artificial selección del individuo socialmente inapto. Y citando a von Ihering, afirma "la naturaleza echa a la cama a aquel que atenta contra ella; el Estado lo envía a la cárcel"[139].

De modo que la corrección, la intimidación y la neutralización, son los efectos de la pena, los móviles que están en ella y los medios por los que se protegen los bienes jurídicos.

A estos fines de la pena, von Liszt le asigna tres tipos de delincuentes, pues a ellos se dirige la pena y no a las figuras penales.

La corrección de delincuentes corresponde a aquellos que la necesiten y sean capaces de ella. La intimidación es para los delincuentes que no necesiten corrección y, por último, la neutralización es para aquellos delincuentes no susceptibles de corrección[140].

El delincuente irrecuperable es el que entra en la llamada *reincidencia* o *habitualidad*. Sobre este tipo de delincuentes, afirma el autor mencionado, que la

[138] Von Liszt, *La idea de fin en el derecho penal*, p. 112.
[139] Von Liszt, *La idea de fin en el derecho penal*, p. 112.
[140] Von Liszt, *La idea de fin en el derecho penal*, p. 115.

pretensión de corregirlos en presidios celulares, a un alto costo, "carece simplemente de sentido"[141]. La idea de von Liszt es que deben ser privados de libertad de por vida (en su caso, por tiempo indeterminado).

En este punto, es interesante analizar el concepto de quienes integran el grupo de delincuentes habituales o reincidentes para von Liszt, quien era un hombre con ideas socialistas, o como gusta decir a Rivacoba, un liberal de izquierda. "Se trata, aunque sea de un miembro, del más importante y peligroso en aquella cadena de síntomas de enfermedades sociales, que nosotros solemos reunir en la denominación global de proletariado. Mendigos y vagabundos, prostituidos de ambos sexos y alcohólicos, rufianes y *demimondaines*, en el sentido más amplio, degenerados espirituales y corporales, todos ellos conforman el ejército de enemigos fundamentales del orden social, en cuyas tropas muy distinguidas reconocen filas estos delincuentes"[142].

La solución de von Liszt, en este punto, es sumamente extrema. Según la antropología de la época, constata este autor que estas personas cometen los siguientes delitos: hurto, alcahuetería, robo, extorsión, estafa, daños, atentados sexuales y corrupción. Pues bien, la eliminación de la peligrosidad de estas personas se consigue con una norma que dijera que en la tercera condena por alguno de estos delitos la reclusión será por tiempo indeterminado. Y expresa que la pena será una servidumbre penal, con una explotación de la fuerza del trabajo, y en donde la pena corporal sería casi inevitable"[143].

[141] Von Liszt, *La idea de fin en el derecho penal*, p. 119.
[142] Von Liszt, *La idea de fin en el derecho penal*, p. 116.
[143] Von Liszt, *La idea de fin en el derecho penal*, p. 116.

Reclusión individual sólo como sanción disciplinaria en cámara oscura, con ayuno estricto, además de la pérdida obligatoria y perpetua de los derechos civiles y honoríficos. Como puede haber errores judiciales, von Liszt propone una revisión cada cinco años de estas condiciones.

El segundo grupo de delincuentes lo componen aquellos que precisan corrección. Entran también los delincuentes habituales y que, por predisposiciones heredadas o adquiridas, se han convertido en delincuentes, pero que tienen esperanzas de volver a la sociedad. La salvación sólo la lograrán, en palabras de von Liszt, con una seria y duradera disciplina. En estos casos, el mínimo de pena nunca deberá bajar de un año, ni ser superior a cinco, puesto que las penas más cortas son corruptoras de estos aprendices de delincuentes. La pena deberá ser cumplida en reclusión unicelular. Si la conducta es buena, se remite la pena y queda la persona sujeta a vigilancia por otro tiempo igual al que estuvo en reclusión. Así, von Liszt propone que los establecimientos sean "asociaciones privadas, bajo supervigilancia del Estado, y sostenidas financieramente por éste"[144].

El tercer grupo está compuesto por los delincuentes ocasionales. En éstos, el peligro de repetición de acciones delictivas es mínimo y, como consecuencia, la idea de corrección carece de sentido. Basta, en estos casos, una sanción privativa de libertad unitaria, no inferior a seis semanas y cuyo máximo no supere los diez años, sin perjuicio de la pena de multa.

En síntesis, para von Liszt todo su sistema de medición de la sanción se basa en la idea del fin de la pena y puede ser resumida en la expresión siguiente:

[144] Von Liszt, *La idea de fin en el derecho penal*, p. 124.

"neutralizar a los incorregibles, y corrección a los corregibles"[145].

Basta con lo expuesto para sostener, junto a Rivacoba y Jiménez de Asúa, la vigencia de von Liszt; muchas de las ideas de política criminal, existentes en la actualidad, son de su paternidad.

c) *Teoría de la prevención general.* Las teorías de la prevención general, esto es, el ver a la pena como forma de prevención frente a los ciudadanos, tiene a von Feuerbach como a su mentor clásico. En este aspecto hemos seguido a este autor, puesto que nos parece el más representativo. Von Feuerbach es, sin lugar a dudas, el teórico más lúcido de la prevención general, entre otras cosas. A tal punto es esto cierto, que algunos autores sostienen que la nueva teoría de la prevención general positiva, no es otra cosa que la repetición de la tesis de este autor[146].

Sin embargo, hemos de analizar ambas posiciones por separado.

1) *La prevención general en von Feuerbach.* Según Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, el Estado es una sociedad civil organizada constitucionalmente, mediante el sometimiento a una voluntad común, "siendo su principal objetivo la creación de la condición jurídica, es decir, la existencia conjunta de los hombres conforme a las leyes del derecho"[147].

De allí que toda forma de lesión jurídica va a contradecir el objetivo del Estado. Es por eso que el Estado deba tener el derecho y el deber de hallar institutos por los cuales se impidan las lesiones jurídicas.

[145] Von Liszt, *La idea de fin en el derecho penal*, p. 126.

[146] Gössel, *Ponencia y fundamentación*, p. 72 y siguientes.

[147] Feuerbach, Paul J. von, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, § 8.

Así, von Feuerbach sostiene que las instituciones jurídicas deben ser ineludiblemente coactivas, teniendo para ello la coerción física. En este aspecto, la postura se asemeja a la de Kant. Ahora bien, esta coerción física busca terminar con las lesiones al orden jurídico de doble manera. "Con anterioridad, cuando impide una lesión aún no consumada, lo que tanto puede tener lugar coerciendo con el fin de dar una garantía en favor del amenazado como también doblegando en forma inmediata la fuerza física del injuriante dirigida a la lesión jurídica. Con posterioridad a la injuria, obligando al injuriante a la reparación o a la reposición"[148].

Sin embargo, tanto la coerción previa como la posterior resultan insuficientes. De allí que la coerción física no es suficiente para la protección de derechos irreparables, como para los reparables.

Como la coacción física es insuficiente, existe la posibilidad de otro tipo de coacción, que es la psicológica, de modo que exista una prevención general anterior al delito. Es que la causa que lleva a delinquir a los hombres es psíquica (las pasiones y los apetitos). En palabras del propio von Feuerbach, "todas las contravenciones tienen su causa psicológica en la sensualidad, en la medida en que la concupiscencia del hombre es la que lo impulsa, por placer, a cometer la acción. Este impulso sensual puede ser cancelado a condición de que cada uno sepa que a su hecho ha de seguir, ineludiblemente, un mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho"[149].

[148] Feuerbach, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, § 10.

[149] Feuerbach, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, § 13.

Con lo cual, el mal conminado por una ley del Estado y aplicado luego, en virtud de esa misma ley, no es otra cosa que la pena civil. El motivo por el cual existe esta ley y su aplicación es la necesidad de preservar la libertad recíproca de todos, mediante la cancelación del impulso sensual de los hombres dirigido a las lesiones jurídicas[150].

La pena tiene como objetivo su conminación como intimidación de todos, como posible protagonistas de futuras lesiones jurídicas.

Pero, por otro lado, esta prevención general, por la intimidación, tiene como objetivo la aplicación efectiva de la sanción legal, ya que de lo contrario, la conminación quedaría hueca.

Explicitado en otros términos, a los efectos de contrarrestar las fuerzas que llevan a los hombres a delinquir, el Estado conmina con pena el acto ilícito, por una parte y por otra la hace efectiva una vez que se ha ejecutado el acto[151].

2) *La prevención general positiva.* Por su parte, Roxin ha elaborado, en varios de sus trabajos, la teoría de la prevención general positiva que se encarna en las llamadas *teorías de la unión*[152].

El derecho penal, según Roxin, enfrenta el fenómeno del delito de tres maneras. Como la misión del derecho penal es la de proteger bienes jurídicos, en

[150] Feuerbach, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, § 15.

[151] Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. II, p. 49. "Puesto que la ley intimida a todos los ciudadanos y la ejecución debe dar efectividad a la ley, resulta que el objetivo mediato (o final) de la aplicación es, en cualquier caso, la intimidación de los ciudadanos mediante la ley" (Feuerbach, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, § 16).

[152] Roxin, Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, vol. I, § 3.

primer lugar se amenaza a la sociedad, a la que se le hace saber cuáles son las conductas prohibidas y cuáles las consecuencias de ellas. Éste es el momento clave de la prevención general. Un segundo momento es en el cual se impone y se mide la pena judicialmente, que también es parte de la prevención general, puesto que se le confirma a la sociedad que aquella amenaza es lo suficientemente seria. Por último, o si se quiere en tercer lugar, las penas se deben ejecutar teniendo en cuenta la resocialización del delincuente y su reinserción en la sociedad[153].

Posteriormente, Roxin precisa su concepto de prevención de integración, como un supraconcepto, el cual tiene tres consecuencias[154]. La primera de aprendizaje social-pedagógico, que lleva a producir un efecto de fidelidad al derecho. La segunda, de confianza, que es la que se produce cuando el ciudadano ve cómo se realiza el derecho y, por último, un efecto de pacificación, que es cuando el delincuente se ha esforzado de tal manera que la conciencia jurídica general se pacifica, con lo cual el conflicto se soluciona, por encima de la transgresión jurídica[155]. En este sistema se logra, según nuestro autor, integrar culpabilidad con la prevención, ya que el límite de la pena sigue siendo sin duda la culpabilidad. "La pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad"[156].

Además, Roxin se pregunta qué puede prohibir bajo pena el legislador. Y la respuesta que da es aquellas

[153] Roxin, *Sentido y límite de la pena estatal*, p. 20 y siguientes.

[154] Roxin, Claus, *Die Wiedergutmachung im System der Strafzweck*, en "Wiedergutmachung und Strafrecht", p. 37.

[155] Pérez Manzano, Mercedes, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, p. 266.

[156] Roxin, *Sentido y límite de la pena estatal*, p. 27.

acciones que ataquen bienes jurídicos, puesto que la función primordial del derecho penal es su protección. De esta idea se deduce que el derecho penal es subsidiario, esto es, que su utilización debe serlo sólo en donde sea estrictamente necesario y el bien jurídico no pueda ser protegido de otra manera; sin duda, en este punto, se nota la influencia de von Feuerbach.

De esta manera se presupone que el legislador no debe castigar conductas inmorales, sino sólo conductas lesivas de bienes jurídicos, esto es, sólo se protege la salvaguarda del orden externo. En síntesis, dice Roxin: "Resumiendo, se puede retener así, pues, que las conminaciones penales sólo están justificadas si tienen en cuenta la doble restricción que encierra el principio de protección subsidiaria de prestaciones y bienes jurídicos. En este ámbito, el fin de las disposiciones es de prevención general. Con arreglo a la naturaleza de las cosas no puede ser de otra manera, porque aquellas preceden temporalmente al sujeto al que se podría imponer reacciones retributivas o de prevención especial"[157].

En cuanto a la imposición y medición de la pena, también los criterios de prevención general se imponen, debiendo introducirse en la actividad judicial. Se justifica la pena cuando se puede compaginar la necesidad de la sanción, con respecto a la sociedad y la autonomía de la personalidad del delincuente, que el derecho tiene que garantizar[158].

La eficacia del derecho penal surge, entonces, cuando la imposición de la pena sirve para la protección subsidiaria y preventiva, tanto general como indivi-

[157] Roxin, *Sentido y límite de la pena estatal*, p. 24.

[158] Con similares argumentos, Roxin sintetiza su trabajo en su parte general, agregando la indemnización pecuniaria como una tercera forma de pena (*Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 3, III).

dual, de bienes jurídicos y de prestaciones estatales, mediante un procedimiento que salvaguarde la autonomía de la personalidad y que al dictar la pena esté limitado a la medida de la culpabilidad[159].

No vamos a desarrollar en esta parte la teoría de la culpabilidad de Roxin, sobre la cual nos extendemos más adelante (ver § 22), sino que interesa a los fines explicativos, que tal idea en la teoría de la prevención general positiva tiene una especial posición. "El concepto de culpabilidad, que en cuanto realidad experimental no se puede discutir, tiene la función de asegurar al particular que el Estado no extienda su potestad penal en interés de la prevención general especial más allá de lo que corresponde a la responsabilidad de un hombre concebido como libre y capaz de culpabilidad"[160]. En este punto es quizás en donde la posición de Roxin se debilita, ya que es conocida su negativa a aceptar el concepto de culpabilidad, a punto tal que lo reemplaza por el de responsabilidad. Sin embargo, cuando lo necesita para limitar los efectos preventivos de la pena, vuelve a recurrir a la culpabilidad.

Por último debe tenerse en cuenta que la ejecución de la pena tiene como fin el de resocializar al sujeto, esto es reincorporarlo a la sociedad. Si bien esta fase no se puede obviar, no tiene sentido tampoco aplicar pena sólo como retribución, sino con el fin de resocialización.

La teoría de la prevención general positiva, que va junto con las llamadas teorías funcionales de la culpabilidad, tienen, en la actualidad, cierto desarrollo, con lo cual es difícil, tal como se demostrara en el

[159] Roxin, *Sentido y límite de la pena estatal*, p. 31.

[160] Roxin, *Sentido y límite de la pena estatal*, p. 28.

transcurso de esta obra, mostrar cuál es la línea preponderante en el derecho penal actual. Autores como Jakobs, Achenbach, Streng, Krumpelmann y Schünemann, entre otros, son muestras concretas de lo que se viene afirmando[161].

Así ha podido afirmar Schünemann "que la noción de culpabilidad constituye en sí un cuerpo extraño en el seno de un moderno derecho penal preventivo, cuya inclusión, desde un punto de vista político criminal y sistemático, o se fundamenta de una forma nueva respecto al viejo derecho penal retributivo, o debe ser rechazada"[162].

§ 7. *Conclusión.* – Tal como hemos anticipado, la solución a los problemas que la pena –como reacción estatal frente al delito– aparece, sin duda alguna, como múltiple. Y esa multiplicidad de respuestas nos obliga a no mezclar argumentos de distintos niveles. Esta exigencia metodológica básica de toda investigación puede ayudar a solucionar algunos aspectos del problema que tenemos entre manos.

a) En principio, es inevitable sostener que la pena tiene su esencia retributiva. La sanción es un mal que se le impone al delincuente por parte del Estado ante una acción típica, antijurídica y culpable. Nadie, en su sano juicio, puede sostener que la pena no sea un daño causado a la libertad, al patrimonio o al honor del delincuente. Como bien se ha dicho, "ha de deducirse que a todas las sanciones jurídico-penales corresponde el carácter retributivo, en la medida que re-

[161] Ver Hassemer, Winfried - Lüdersen, Klaus - Naucke, Wolfgang, *Hauptprobleme der General prävention.*

[162] Schünemann, *La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo*, en "El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales", p. 152.

presentan, de hecho, una respuesta al delito, y, con ello al propio tiempo, se resuelve que una retribución así entendida ya no puede ser más considerada como fin de las sanciones jurídico-penales, ya que con las sanciones jurídico-penales no puede ser alcanzado en el futuro algo distinto a lo que ellas mismas ya son en esencia"[163].

b) Con los argumentos vertidos hemos logrado llegar a la esencia de las sanciones penales. Resta ahora determinar si, además, esas sanciones tienen un determinado fin. Si se acepta que la pena sólo se ha de imponer a la persona en cuanto retribución por un hecho típico, antijurídico y atribuible, el fin que el legislador le ponga a la pena, ya no aparece como una injerencia arbitraria en la vida del individuo, por su peligrosidad personal, social o ideológica. Es, en este punto, en donde la teoría kantiana no tiene superación posible.

Hay que tener presente que cuando se aplica una pena, se trata de la sanción justa del hecho y, además, de la prevención que de allí se deriva para el autor y la generalidad. La función de satisfacción de la pena concreta para la generalidad consiste en la confianza en la conservación del ordenamiento jurídico resultante de un castigo justo. No es, entonces, incompatible que el legislador, al tipificar un hecho e imponerle una sanción, tenga presente, además de la idea retributiva, fines de prevención, tanto especial como general. Pero ha de tenerse en cuenta que, con la imposición de la pena, el orden jurídico se satisface en cuanto tal, al cumplir con la conminación antes anunciada, de manera que ya no será posible nuevamente buscar por parte del Estado otras confirmaciones del orden

[163] Gössel, *Esencia y fundamentación*, p. 79.

jurídico[164], o como bien afirma Gössel: "Si la pena es afirmación del derecho, de ella deriva necesariamente una eficacia que impide a los restantes ciudadanos la comisión de ulteriores delitos. La afirmación del derecho, por consiguiente, no es prevención general; más bien, la pena misma es la afirmación del derecho, y sirve en su propia esencia a la prevención de futuros delitos, tanto respecto del autor cuanto respecto de la propia sociedad como tal"[165].

c) Además, con la idea retributiva de la pena, se pone un límite a la idea de resocialización, que contiene de alguna manera la idea del paternalismo por parte del Estado. Los ejemplos de los Estados totalitarios modernos, cualquiera que sea su signo, muestran con cuánto cuidado y escepticismo debe tratarse este tema.

d) Por último, la idea retributiva de la pena responde a la pregunta de por qué no se castiga al inculpable, cuestión ésta que las teorías preventivas, ni menos aun las actuales concepciones funcionales pueden hacer del derecho penal.

El Estado democrático-liberal exige que la pena y su aplicación logren tanto la salvaguarda del orden jurídico, como el respeto de la dignidad del hombre. Para ello deben buscarse todos los medios posibles, todas las formas necesarias, pero dejando de lado el idealismo romanticista que tanto daño ha causado a los hombres concretos. El viejo dicho: "Antes de destruir una estructura, para construir otra mejor y más bella, se exige que la segunda esté hecha", se impone

[164] Hirsch, Hans J., *La reparación del daño en el marco del derecho penal material*, en "De los delitos y de las víctimas", p. 64.

[165] Gössel, *Las prohibiciones de prueba en el procedimiento penal alemán*, p. 82.

por respeto del ser humano. No vaya a ser que, tal como sucedió en la Revolución Cultural china, por hacer un hombre nuevo se prohíba escuchar la música de Beethoven.

APÉNDICE

EL DELINCUENTE POR CONCIENCIA. UN PROBLEMA DE COLISIÓN DE DEBERES

1. ***Introducción.*** El fallo de la Corte Suprema que resuelve la cuestión de la persona que se niega a hacer el servicio militar, ofrece posibilidades de enfoque desde varios puntos de vista[1]. Uno, por ejemplo, sería tomarlo desde las normas fundamentales. Otro desde la perspectiva ético-religiosa. Tomándolo desde el punto de vista dogmático-penal y sin perjuicio de que, necesariamente, se rocen temas ajenos a ese campo, se tratará de demostrar la tesis de que quien delinque por conciencia, se halla en la situación que la doctrina ha llamado de colisión de deberes y, por lo tanto, actúa inculpablemente.

El tema, claro está, sólo puede darse en una sociedad de tipo democrático-liberal, esto es, donde el respeto al otro y a sus derechos se base en la idea de la tolerancia; como dice Bockelmann, en donde "el otro no es mejor ni peor, sino distinto". Es decir, un derecho que tenga su base en el contrato social, que dé paso a una democracia parlamentaria. "De acuerdo con el mismo, todo el poder del Estado reside en el pueblo, es decir, en los ciudadanos particulares; éstos han establecido el poder público para que proteja al individuo de intromisiones ajenas en su esfera personal y para que le cree los presupuestos indispensables para el libre desenvolvimiento de su personalidad. El Estado, según esta concepción, no tiene ninguna otra misión, concretamente, no está legitimado en absoluto para tutelar moral-

[1] CSJN, 18/4/89, "Portillo, Alfredo", *LL*, 1989-C-405; "Doctrina Penal", 1989-385.

mente a sus ciudadanos o para obligarles a asumir determinados valores éticos. La consecuencia que para el derecho penal se deriva de tal modelo de pensamiento, cuya renovada influencia está estrechamente vinculada al renacimiento de nuestra tradición liberal ilustrada que tiene lugar en esos años, es la exigencia de que sólo cabe castigar aquellas conductas que supongan una introducción dañina en la esfera jurídica ajena, como sucede sin ninguna duda en los clásicos delitos de lesiones, daños, hurto o estafa"[2].

Lo expresado en la cita se debe a que es entendible que el problema sea visto desde una perspectiva distinta a ésta. Me refiero a una tesis del derecho basada en el llamado derecho natural clásico. Es decir, más concretamente, una teoría del derecho en que las ideas aristotélicas tengan preponderancia. En este aspecto, me parece que la cuestión sería planteada, obviamente, de distinta forma. Dicho en términos de Villey: "Existe la creencia de que un orden, una armonía, un justo universal reinarían sobre el universo tanto humano como físico, como nosotros decimos, que en este todo naturalmente armonioso cada parte, cada cual y cada cosa encuentran su lugar bien fijado por el gran plan de la naturaleza, como si estuviese diseñado de antemano en el proyecto de un arquitecto"[3].

Desde esta perspectiva no podría entenderse el tema, habida cuenta de que en la noción de derecho va inmersa la de deber. Se tiene el derecho porque se tiene el deber de cumplir con el mandato natural.

Tampoco se podría discutir este tema desde una perspectiva marxista del derecho, en donde éste aparece como dado en beneficio de un determinado sector social. De modo que el derecho subjetivo estaría entroncado con una ligazón de clase. "El derecho y la moral, sobre todo, son sólo condiciones de existencia de la clase dominante expresadas idealmente..., independizadas teóricamente con ma-

[2] Roxin, Claus, *Iniciación al derecho penal de hoy*, p. 128 y 129.

[3] Villey, Michel, *Los orígenes de la noción de derecho subjetivo*, en "Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo", p. 40.

yor o menor conciencia por sus ideólogos y presentadas como norma de vida a los individuos de la clase dominante"[4]. Como es obvio, no es posible entrar aquí en este tipo de discusiones que son de índole estrictamente filosófico-política, las cuales deberían debatirse en otro plano.

La idea de poner las tres concepciones reside en que es necesario, antes de empezar con un tema de este tipo, hacer saber al lector cuál es el punto de partida del autor. Sería una tremenda deslealtad hacia el lector no decir cuál es la base de la que se parte. Esta "puesta de cartas sobre la mesa" es a nuestro criterio una labor de honestidad intelectual. El drama del derecho y de aquellos que lo hacen está en gran parte en el ocultamiento de estos principios.

2. ***La colisión de deberes en el derecho penal actual.*** El tema de la colisión de deberes aparece en la dogmática moderna a raíz del famoso caso de los médicos psiquiatras alemanes. El día 1° de septiembre de 1939, por resolución de Hitler, se dictó una orden por la cual los establecimientos psiquiátricos debían informar sobre las características de los enfermos y especialmente sobre la capacidad de trabajo de ellos. Esa información sirvió para que el Ministerio del Interior, en 1940, confeccionara listas de enfermos que debían ser eliminados. Ese listado se envió a los establecimientos psiquiátricos para que se preparara a los enfermos a los fines antedichos. Dos médicos trataron de excluir de esas listas a tantas personas como les fue posible, incluyendo, sin embargo, a otros, cuyo destino fue la muerte; la idea de ambos era salvar el mayor número de personas. Este hecho, junto con otros de la misma índole, dio pie a que la opinión jurídica se abocara a la tarea de solucionar el problema, desde un punto de vista dogmático.

El tema fue tratado por Welzel[5], quien sienta, a nuestro criterio, la base de la discusión. A partir del tercer postu-

[4] Marx, Karl, citado por Welzel, *Naturrecht und Materiale Gerechtigkeit*, p. 201.

[5] Welzel, Hans, *Zum Notstanssproblem*, en "ZStW", p. 47 a 56.

lado kantiano que establece que el hombre no puede ser usado como medio, sino que siempre es un fin en sí mismo, se infiere que no están justificadas intervenciones en la vida y en la integridad corporal de sujetos inocentes. De ahí que, al actuar los médicos de la forma en que lo hicieron, su conducta de ninguna manera estaría justificada. Ambos bienes jurídicos son de igual valor. La solución a que llegaba Welzel era que se estaba en presencia de una causa supralegal de exclusión de culpabilidad.

Desde otra perspectiva, Klefisch[6] sostuvo que nos hallamos ante una causal de justificación. El hecho de salvar más vidas llevaba el caso al campo de la antijuridicidad. Ahí rigió el criterio cuantitativo, es decir, si es mayor el número de vidas salvadas que aniquiladas, la conducta sería conforme a derecho. La crítica en la teoría alemana fue inmediata y dicho criterio no fue aceptado. Las explicaciones antes vertidas sirven para poner sobre el tapete el tema de discusión. Como se ve claramente en el caso expuesto, existen en el sujeto dos deberes diferentes; se le formulan al sujeto dos obligaciones que, en principio, se contraponen. Además, se debe advertir, como en los casos en estudio, el orden jurídico no da solución al problema. En la causa que nuestra Corte Suprema resolvió existen dos deberes que se contraponen: o el sujeto sigue el mandato de sus convicciones éticas o religiosas, o cumple con la obligación de hacer el servicio militar. Como el primero, tal como se demostrará, está reconocido por la norma fundamental y, por tanto, es jurídico, no hay norma alguna en nuestro ordenamiento que salve la situación. Por lo demás, no sabemos si en este tipo de casos el orden legal podría terminar ordenando ejecutar una de las dos acciones.

También hay que admitir que los deberes deben ser concretos, esto es, ambos deben darse en el mismo autor y en el mismo espacio y tiempo. La colisión abstracta de deberes, tal como el tema se plantea, no nos parece que cons-

[6] Klefisch, T., *Die nat. goz Euthanasie*, en "Blickfeld der Rechtsprechung und Rechtslehre", MDR, 1950, p. 258 a 265.

tituya un problema. Por último, el sujeto no debe poder salir del entuerto, esto significa que inevitablemente ha de violar uno si cumple con el otro. Volvamos al caso en cuestión. Si cumple con el servicio militar, inevitablemente desobedece su mandato ético, y si cumple con su mandato religioso, inevitablemente ha de violar la orden de servir a la Patria. El sujeto está entonces atrapado entre ambos y no puede salir sin infringir uno de ellos. El caso de los médicos quizá parezca más dramático, pero en esencia es lo mismo: la fatalidad atrapa al hombre y la única manera de salir es violando un deber.

El problema más arduo aparecería, en principio, en reconocer que el deber impuesto por la conciencia o la religión es jurídico. En este aspecto es donde el voto de la mayoría de nuestra Corte en el caso "Portillo" da su sentido afirmativo. El consid. 4° deja planteado el problema en forma impecable al decir: "Que la Constitución nacional afirma claramente como derecho de todos los habitantes de la Nación el de profesar libremente su culto" (arts. 14 y 20, éste respecto de los extranjeros), "correlato de uno de los objetivos establecido en el Preámbulo: *asegurar los beneficios de la libertad*". Paralelamente y con no menor claridad ha dispuesto que "*todo ciudadano argentino está obligado a armarse en defensa de la Patria y de esta Constitución*" (art. 21, en concordancia con otro de los propósitos del Preámbulo: *proveer a la defensa común*). Y concluye en el consid. 5°: "En tales condiciones, se advierte que la cuestión en examen traduce una suerte de tensión entre derecho y obligaciones consagrados en las dos normas constitucionales citadas, en la medida en que el actor pretende no realizar el servicio de conscripción impuesto por el art. 21, amparándose en el derecho a la libertad de creencia consagrado por el art. 14".

Aceptado este reconocimiento, el voto mayoritario hace un explícito reconocimiento de la libertad religiosa al decir: "que la libertad religiosa es particularmente valiosa, que la humanidad ha alcanzado merced a esfuerzos y tribulaciones. La historia es prueba elocuente de la vehemencia con que en el curso de los siglos se propendió a su cristalización

normativa. Para el hombre religioso la religión es el elemento fundamental de la concepción del mundo y, en mayor o menor grado, impregna todos los actos de su vida individual y social" (consid. 8°). En el consid. 9°, en un avance que nadie puede discutir y con base kantiana, el voto va más lejos al decir "que la posible lesión a las legítimas creencias de un ciudadano, motivada por la obligación legal del servicio de las armas, puede alcanzar no sólo a aquellos que profesan un culto particular sino a quienes establezcan una determinada jerarquía entre sus valores éticos, adjudicando especial primacía al no poner en riesgo la vida de un semejante. En tal sentido, el ámbito de posible violencia estatal al fuero interno se amplía en forma considerable, abarcando el sistema de valores no necesariamente religiosos en los cuales el sujeto basa su propio proyecto de vida. Una interpretación diferente nos llevaría al contrasentido de proteger el derecho a la libertad de cultos, como una forma de exteriorización del derecho a la libertad de conciencia y no atender a este último como objeto de protección en sí mismo".

Dicho en otros términos, la Corte, en su voto mayoritario, reconoce al individuo el derecho de dictar su propia norma ética. Es más, no sólo le reconoce tal derecho, sino además las consecuencias que de él se derivan, esto es, que debe cumplir los deberes que surjan de ello. Reconoce, en síntesis, la autonomía ética del hombre y le otorga jerarquía constitucional. En este sentido fue Kant quien sostuvo que la autonomía de la voluntad era el fundamento de la dignidad humana y de la naturaleza racional[7]. Como bien dice Welzel, "este principio presupone un orden de las cosas ético-material objetivo, con el cual la voluntad tiene el poder de coincidir, si ésta ha de sometérsele libremente, es decir, en virtud de su propia convicción"[8].

A esta altura de las reflexiones, el lector se preguntará hasta dónde llega este derecho del sujeto a actuar basándose en su conciencia. En otros términos, ¿debe una tercera

[7] Kant, *Grundlegun zur Metphysik der Sitten*, p. 60.

[8] Welzel, *Introducción a la filosofía del derecho*, p. 176.

persona soportar las ideas religiosas o éticas de otro hombre y resignarse, dado que es un derecho reconocido por la norma fundamental? La respuesta por supuesto es negativa. En ese tercero sin dudas está el límite a mi derecho. La decisión de conciencia está basada en la libertad del hombre como ser responsable. Ser responsable ante Dios y ante los otros hombres. De modo que esta libertad tiene su límite allí donde se encuentra con otra libertad. Ésta tiene igual reivindicación o exigencia a esa libertad reclamada. Ello significa que la libertad de conciencia no puede realizarse sobre el costo de otros hombres libres. Mi actuar, en conciencia, no puede llevar a denigrarla, tiene necesariamente que respetar el ámbito de la conciencia de otros. Acá es obvio entonces que se deben separar los casos. De ahí entonces la necesaria distinción de supuestos. No es lo mismo no hacer el servicio militar obligatorio que denegar un permiso para que al hijo se le haga la transfusión de sangre necesaria. Más aún, en el primero de los casos, lo que el sujeto reclama, es no hacer un servicio militar, no pudiendo sustraerse al servicio civil que exige el bien común. La idea de la seguridad no está aquí en juego, ya que el Estado tiene la posibilidad de entrenar a aquellos que aceptan el servicio militar y, también, la de crear un ejército profesional, que sin dudas sería mucho más eficiente, como se demuestra en las naciones desarrolladas, tales como Estados Unidos de América o Alemania. El tema ha quedado en parte superado en la Argentina a partir del dictado de la ley 24.429.

En este sentido, sería conveniente hacer una distinción entre el autor por conciencia y el autor por convicción. Y decimos esto porque con esta distinción se eliminarían casos que nada tienen que ver en la discusión. Puede darse, por ejemplo, el caso del partícipe de una banda de ladrones que "esté convencido" de estar actuando bien, por supuesto para su conveniencia económica.

Si se observa bien el asunto, el límite aparece entonces en el mismo contrato, lógicamente *a priori*, que justifica el Estado. Si me uno a otros para proteger mi libertad, luego no será posible que esa unión la rompa o elimine.

Pero el voto mayoritario avanza más en el asunto, en cuanto admite que la invocación de la creencia sea en orden a lo que el sujeto cree que realmente le dicta su convicción y no de acuerdo a lo que oficialmente la religión que profesa le ordena. "En tal sentido parece necesario que quien lo invoque haya de hacerlo con sinceridad y demostrar que la obligación de armarse le produce un serio conflicto con sus creencias religiosas o éticas contrarias a todo enfrentamiento armado" (consid. 13).

En este aspecto es notoria la oposición del doctor Caballero cuando, para descartar la postura del presentante, se remite a lo dicho por Tomás de Aquino. Es éste, a nuestro juicio, uno de los aspectos que más contrasta en su fundamento, teniendo en cuenta lo afirmado anteriormente. No se trata de citar la autoridad de los Padres de la Iglesia para destacar la interpretación propia del sujeto que ha quedado atrapado por la colisión de ambos deberes. Y tan es así que en otro tema –que puede también suscitar problemas a quien profese la fe cristiana–, la cita de Tomás de Aquino puede llevar también a confusión y no dar, en este sentido, lo que parece ser la opinión actual de la Iglesia. En efecto, el santo aceptaba la pena de muerte con términos claros, que se repiten a continuación: "Acerca de los herejes deben considerarse dos aspectos: uno por parte de ellos; otro, por parte de la Iglesia. Por parte de ellos está el pecado, por lo que merecieron ser separados de la Iglesia por la excomunión, sino aun ser excluidos del mundo por la muerte. Pues mucho más grave es corromper la fe, la vida del alma, que falsificar moneda, con que se sustenta la vida temporal. Y si tales falsificadores y otros malhechores justamente son entregados sin más a la muerte por los príncipes seglares, con más razón los herejes, al momento de ser convictos de herejía, podrían no sólo ser excomulgados sino ser entregados a justa pena de muerte". Y como para no dejar dudas de su opinión dice: "Según se ha expuesto, es lícito matar a los animales brutos en cuanto se ordenan por la naturaleza al uso de los hombres, como lo imperfecto se ordena a lo perfecto. Pues toda parte se ordena al todo como lo imperfecto a lo perfecto y por ello cada parte existe

naturalmente para el todo. Así, vemos que, si fuera necesario a la salud de todo el cuerpo humano, la amputación sería laudable y saludable. Pues bien, cada persona singular se compara a toda la comunidad como la parte al todo; y, por lo tanto, si un hombre es peligroso para la sociedad y la corrompe por algún pecado, laudable y saludablemente se le quita la vida para la conservación del bien común, pues, como afirma San Pablo, un poco de levadura corrompe la masa"[9].

En otros términos, el problema que se plantea es el de la conciencia errónea. Esto es, aquel sujeto que, aun dentro de lo que la religión dice o de lo que su ética le indica, actúa equivocadamente con respecto al mandato religioso o al mandato ético. Como se comprende, el Estado no puede, tal como se sostuvo en el punto 1°, regular la conciencia del sujeto. La ley fundamental, al tener una base liberal, respeta el llamado "diálogo entre Dios y el hombre". No ha de ser el Estado precisamente quien le diga al hombre quién es ese Dios y qué es lo que ordena. En este aspecto de la cuestión, aparece como lo más jurídico la no actuación de los poderes públicos. Casi con iguales palabras se había expresado Linsemann al decir "entonces nadie debe contra su conciencia actuar". Es que cada hombre tiene el derecho a no actuar contra su conciencia; debe actuar sobre la base de su libertad de conciencia. Por supuesto que esta libertad de conciencia es con respecto a todo poder ajeno a ella.

Esto sin dudas trae problemas y conflictos. Este conflicto se da no sólo frente al Estado sino frente a los otros hombres, aun aquellos que estén en su misma religión o su ética. Es que la conciencia tiene un incondicionado valor y una fuerza obligante[10].

Disculpará el lector la insistencia en el tema, pero los ejemplos de los Estados modernos y los actuales problemas nos llevan a reiterar lo ya dicho. Países como Cuba e Irán,

[9] Aquino, Tomás de, *Suma Teológica*, II-II, p. 64, a, 2.

[10] Linsemann, B., *Lehrbuch der Moral Theologie*, p. 90 y siguientes.

entre otros, obligan a meditar seriamente que cuando esta libertad de conciencia no se respeta y el Estado se entromete con ella, el puesto del mandato ético o de Dios lo ocupa el Estado y la ideología dominante. La libertad de creer es no sólo para creer aquello que la generalidad considera verdadero, sino aquello que el sujeto particular cree que es verdadero. Y esto está ínsito en la Constitución nacional. Como bien dice Peters: "Un Estado que ha reconocido la libertad de cultos, que tolera las distintas religiones, no puede funcionar como juez de lo recto o no recto de las decisiones del ámbito religioso"[11].

En este aspecto entendemos que no es ajustado el voto minoritario, no sólo porque le niega al sujeto presentante el derecho a su especial relación con su religión, sino porque además la cataloga como utilitarista. No se trata de juzgar desde el derecho este motivo particular del agente, sino aceptarlo a la luz de la Constitución nacional. Advierta el lector que no se puede afirmar que el servicio militar no tiene únicamente el sentido de adiestrar al ciudadano para defender a la Patria. A la Patria en dicho servicio se la defiende aprendiendo el manejo de las armas y éstas, en última instancia, tienen, por su potencia ofensiva, el poder de matar a terceras personas. Ese fin, quizás eventual, en tiempos de paz, es el que lleva a tolerar la excepción interpuesta por el sujeto presentante. Allá él desde el punto de vista moral, si es sólo una excusa para estar cómodo en su casa y evitar el servicio que le reclama la sociedad. El reproche será moral, pero fuera de la órbita del Estado. El principio de la libertad de conciencia, quizás una de las mayores conquistas frente al Estado moderno, así lo exige, con las limitaciones ya explicadas.

3. ***Solución del problema.*** Veremos a continuación la solución jurisprudencial relacionada con la temática.

a) *Solución del voto mayoritario.* El voto mayoritario llega a una solución que no es la deducción de los argu-

[11] Peters, Karl, *Überzeugunstäter und Gewissenstter*, en "Fest. für Mayer", p. 278.

mentos antes analizados. En efecto, luego de haber argumentado a favor de la libertad de conciencia, se expide de la siguiente manera en el consid. 17: "Que, por ende, esta Corte concluye en que cabe reconocer, como principio, el derecho de los ciudadanos a que el servicio de conscripción (art. 21, Const. nacional) pueda ser cumplido sin empleo de armas, con fundamento en la libertad de cultos y de conciencia (art. 14); derecho cuya extensión deberá ser determinado según las circunstancias de cada caso. Asimismo, también es conclusión de este tribunal que, a la sola luz de la ley fundamental, no asiste derecho, sobre la base indicada, para eximirse de dicho servicio de conscripción. Luego la negativa del recurrente al llamado del servicio de conscripción no resulta justificada, sin perjuicio del derecho que pueda tener a cumplir ese deber con los alcances señalados en esta sentencia".

Como lo dijimos al principio, nos ocuparemos del problema del delito que está en estudio. Desde esta perspectiva, el voto mayoritario acierta sin dudas, tal como lo veremos más adelante, en sostener que la conducta no está justificada. En este sentido, la solución es coherente. La única crítica es que, a nuestro criterio, la conducta está disculpada y, por lo tanto, el año de servicio continuado, además del normal, estaría en este caso impuesto de manera injusta.

Acierta la Corte al imponer que ese servicio no debe ser mediante las armas. Sin embargo, la solución no es del todo correcta. Adviértase que la no existencia de una ley que regulara, al momento del fallo, el servicio militar sustitutivo era exclusiva responsabilidad del Estado. De modo que no hubiera sido en modo alguno descabellado aceptar, con los argumentos antes expuestos, que el presentante cumpliera el año de servicio que le correspondía en alguna institución de bien público, con los deberes que allí se le impusieren.

b) *Solución propuesta.* La solución que proponemos está dada por la forma de tratar la colisión de deberes. Ya expusimos el conflicto en el cual se encuentra el sujeto, ante dos normas contradictorias que lo obligan a optar por

una de ellas en desmedro de la otra. En principio, aparece a nuestro criterio una primera solución. Quien tiene la libertad de elegir con cuál de los deberes se queda, es la persona sometida al conflicto. Nadie puede decir que eligió mal o bien. En segundo lugar, el sujeto estaría amparado en este caso por una especial causa de exclusión de la culpabilidad. No es posible aplicar aquí los principios de igualdad de bienes, sino que, tal como surge de los antes afirmados, "el conocimiento por parte del autor de que elige el mal menor y su consiguiente convicción de que actúa conforme a derecho sugerirán en cambio la admisión de una propia causa de exclusión de la culpabilidad por falta de conocimiento del injusto"[12].

Este concepto de Maurach fue tomado con posterioridad por Kaufmann. La idea es, y me parece correcta, que el autor por convicción, conoce la ley. Es más, no hay dudas que en él está el conocimiento de la antijuridicidad. De este modo, en principio, no podría aceptarse un error de prohibición. Sin embargo, y tal como el discípulo de Welzel expone el tema, dicha aseveración no es exacta. Y esto es así, porque quien no se siente atado por la norma legal, reconoce que en lo esencial no se siente ligado al deber de la norma. En el caso del Testigo de Jehová que, sin dudas, es un autor por conciencia, que un alto orden de exigencias se opone, y que a él se le impone, a pesar de que reconoce la ley y el efecto de su mandato y con ello su carácter, la validez jurídica de la norma. Según Kaufmann, el autor se encuentra en un verdadero error de prohibición; le falta el fundamento para conformar una recta motivación. La inteligencia para adecuar su acción al deber[13].

Se observa entonces con nitidez la colisión existente, que se da entre una norma de deber y una norma del derecho fundamental, y como bien dice von Burski[14], la pregun-

[12] Maurach, Reinhart, *Tratado de derecho penal*, § 33, 2 *c*.

[13] Kaufmann, *Die Dogmatik in Alternativ-Entwurf*, en "Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert", p. 234 y 235.

[14] Von Burski, Otto, *Die Zeugen Jehovas, die Gewissenfreiheit und das Strafrecht*, p. 90.

ta es cuál de esas normas tiene prioridad para el individuo. Claro que para este autor el tema sale del ámbito de la culpabilidad para entrar en la antijuridicidad y su justificación. Pero lo que intentamos hacer notar es que estamos en un momento grave del derecho. Diríamos en un momento culminante, en donde se entrecruzan normas que, sin lugar a dudas, violentan al ser humano.

Como bien lo anota Müller - Dietz, el problema está en el campo de la culpabilidad y especialmente en el de la no exigibilidad de la conducta, salvando así el orden jurídico[15].

Fue Welzel, primero en la gran Comisión de Reformas y luego dedicándose especialmente al tema, quien intentó fundar una solución. A la división entre autor por convicción y autor por conciencia, que consideraba importante –en el primero entraban casos de fanáticos cuya actitud era difícil de justificar–, agregó que la ética algo tenía que decir al derecho, por lo menos con un mínimo para fundarlo.

En la situación estudiada sin duda habría una disminución de la capacidad de la conciencia, ya que el sujeto es dependiente de sus propias creencias. La validez de la norma para él no tendría toda su fuerza, de modo que le sería difícil actuar de otra manera en el caso concreto[16].

Es decir, el sujeto no ha podido motivarse según la norma, puesto que en la formación de su conciencia de deber se ha encontrado con un problema irresoluble. Ya sea por las reglas del error de prohibición ya por la no exigibilidad, entendiendo esta fórmula como reguladora de todas las etapas del delito en el sentido dado por Henkel.

[15] Müller - Dietz, *Gewissensfreiheit und Strafrecht*, en "Fest. für Peters", p. 107 y siguientes.

[16] Welzel, *Geset und Gewissen*, en "Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie", p. 227 y siguientes.

CAPÍTULO II

FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA PENA

§ 8. ***LA RELACIÓN DEL PODER DEL ESTADO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.*** – Para poder analizar este tema es necesario ver cómo surge en la historia. En principio, y ésta es la primera tesis, sólo se puede hablar de derechos humanos cuando nos referimos al Estado moderno. En este sentido, si bien con reservas, aparece acertada la afirmación de Villey cuando dice: "Si en el mundo positivista de hoy los derechos del hombre han llegado a ser el único medio de defender a ciertas víctimas frente al régimen del positivismo, yo no habré de pedir que nos abstengamos de invocarlo. Por ello comprendo muy bien que recientes encíclicas pontificias, en contra del uso anterior de los papas, se sacrifiquen en favor del actual lenguaje. Yo pediría solamente que se admitiera que este vocabulario moderno no deja de poseer inconvenientes; que no se haga precipitar más ese diluvio de proclamaciones ilusorias y que se reconozca que dicho lenguaje ha llegado a ser nuestro, no ha constituido un progreso"[1].

[1] Villey, Michel, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, p. 248.

Para llegar a esta conclusión, el filósofo francés tomaba como referencia a Burke, cuando hacía la crítica a la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789. Retomemos a Villey: "Burke reprochaba a los derechos del hombre ser inadaptados a la realidad; es decir, a aquel ámbito en donde se mueve la vida judicial; de ser inaplicables y, en consecuencia, ilusorios. Yo no veo que él haya errado con esta apreciación. Burke comprobaba esa afirmación con algunos ejemplos: el derecho de cada hombre a no ser condenado sino mediante un proceso regular. En el momento en que la constituyente francesa proclamaba este derecho, eran paseados bajo las ventanas de los diputados en la Asamblea, clavadas en picas, las personas asesinadas ahí mismo, sin ninguna forma de juicio previo. Y en el momento en que se declaraba a la propiedad absoluta como un derecho sagrado, inviolable, en ese mismo momento los dominios de la nobleza y del clero eran expropiados. Estas grandes ideas utópicas no son factibles. La propiedad absoluta de los revolucionarios franceses ha debido desaparecer; la soberanía popular y el régimen democrático no son aplicables en el Congo y en varias otras partes, y la libertad de opinión y de publicar las opiniones no es algo realizable en muchos países del mundo"[2].

La lista enumerada por Villey puede ser actualizada. Cuando los estudiantes de la ex Alemania Oriental levantaron la pancarta con la leyenda de Rosa Luxemburgo, sobre la libertad de pensar, la policía acometió con ellos. Cuando los estudiantes chinos, no hace mucho, intentaron expresar sus ideas, el ejército, al igual que en Checoslovaquia, los aniquiló. Es un hecho incontrastable que algunos países, declamando la demo-

[2] Villey, *Estudios*, p. 243.

cracia, aniquilan la libertad y no dejan ejercer los derechos mínimos a sus habitantes. Los casos de Nicaragua y Cuba, más actual el problema de Bosnia, son ejemplos de ello. Hasta no hace mucho, en la Argentina se decidió que sus habitantes eran incapaces de elegir a sus gobernantes, de leer, de pensar, para poder salvar la libertad de esas mismas personas. No hace más de cuarenta años que Victoria Ocampo fue apresada, en la Argentina, por expresar sus ideas.

Pero el problema se agudiza más cuando las entidades defensoras de estos derechos humanos diferencian a las personas. Así como un guerrillero nada valía para el gobierno militar, un militar nada vale para aquél. Desconocemos que se hayan alzado voces en contra de lo ocurrido en China, en el trato inhumano a estudiantes y a niños huérfanos.

Si a esto se le agregan los campos de concentración de Hitler, los ataques de Mussolini a la dignidad humana, el balance, tal como lo dice Villey, no es nada optimista.

Sin embargo, pareciera que el asunto no termina acá, y que la crítica, en parte cierta, es eso, en parte cierta. Hay, si se permite, una especie de ataque encubierto, ya sea de autores como Villey o pensadores marxistas, en contra de esta idea de derechos humanos, que siempre aparece contada parcialmente. Y esto es así porque, aun desde la perspectiva histórica, la Revolución Francesa es la mitad del problema.

El tema había sido planteado por Jellinek, en contra de la postura de Boutmy, cuando sostenía que había que buscar el origen de los derechos humanos, no en la filosofía iluminista francesa del siglo XVIII, por ende, en la Revolución Francesa, sino en el *bill of rights* de la Constitución de Virginia de 1776. Para ello, Jellinek distinguía entre los derechos fundamentales de

los que son derecho positivo y, por ende, que pueden ser invocados ante los tribunales, limitando al Estado y, en consecuencia, negando a la soberanía, afianzando la libertad mediante la separación de poderes. En cambio, los derechos humanos son derecho natural, valen eternamente, en todo el mundo, provienen de la naturaleza o de la creación divina, son sagrados e inviolables.

Decía Boutmy: "Para los franceses, la Declaración es tan sólo una obra maestra de la oratoria, los artículos están ahí en su pureza abstracta, en el brillo de su majestad y del dominio de la verdad sobre los hombres. Ningún tribunal puede usarlos para apoyar una pretensión o para fundar una decisión. Los franceses escriben para la enseñanza del mundo entero; los constituyentes norteamericanos, en cambio, han redactado los artículos de la declaración para la utilidad y el agrado de sus conciudadanos"[3].

Esta polémica puede que no tenga un vencedor, pero desde ya da una primera respuesta a la tesis pesimista sobre los derechos humanos. Ella consiste, desde el punto de vista histórico, en que este tipo de derechos abstractos, intemporales si no son positivizados, se pierden en un mar de deseos.

Así se llega a un punto en donde es necesario preguntarse sobre cuál es el derecho humano originario. La respuesta estaría dada, en principio, por Coke: el derecho contra la detención arbitraria. La Carta Magna de 1215, mal considerada como prehistoria de los derechos humanos, contenía el art. 39, que decía: "Ningún hombre libre puede ser detenido, mantenido preso, expropiado, desterrado, proscripto o de alguna manera destruido, salvo por decisión judicial". Como bien

[3] Kriele, Martín, *Introducción a la teoría del Estado*, p. 206.

dice Kriele: "la protección contra la detención y la persecusión penal arbitraria, es el derecho fundamental originario, la raíz de la libertad"[4]. Hay que detenerse en esta afirmación y ver que este principio recobra su grandeza de inmediato.

Tal como se verá, el soberano equivale a terror en potencia. La cita que Squella trae en su libro sobre la narración de Cannetti es suficientemente clara. Cuando se es un simple ser humano se tiene miedo, por más bondadoso que sea el soberano. Todos los días se levantará con la idea que mañana puede enloquecer o morir y entrar otro que sea malo; su libertad no depende de él, sino de la bondad o no del rey. Dicho en términos psicoanalíticos, si se quiere, la persona será libre, mientras su padre lo permita. Luego, si él no lo quiere, dejará de serlo.

La idea de Coke aparece, entonces, no sólo históricamente, sino en el fondo, como la sustentadora de los derechos humanos. El principio de Coke tiene dos aspectos, que deben ser cuidadosamente pensados: el primero se refiere a que el rey no tiene el derecho soberano para detenciones arbitrarias. El segundo, que el principio se puede invocar ante los jueces.

Se podrá argüir, como se hace, que esto era sólo para los ingleses, o para los libres, pero, y en esto consiste el éxito de la idea, no se tardará mucho en que otros exijan lo mismo. Porque bastará que se reconozca la igualdad racional de los hombres para que el rey no pueda detener a cualquiera y para que cualquiera pueda concurrir ante la justicia a peticionar. El "quien" en una perspectiva histórica constituye un problema secundario, lo que realmente importa es el contenido.

[4] Kriele, *Introducción*, p. 208.

El soberano ya no lo es tanto y esa limitación puede ser vista por los jueces. Este principio de no ser privado de la libertad arbitrariamente, arrastra a todos los demás. Por otra parte, es el que se traslada a la Constitución federal norteamericana de 1787. La mayoría de ellos se refieren a este derecho a la libertad. No hay referencias, como se ha querido hacer ver, a derechos o privilegios feudales o capitalistas. Los derechos a que se hace referencia son: libertad de religión, de palabra, de la prensa, de reunión, de peticionar (art. 1°); derecho de portar armas (art. 2°); prohibición de alojar soldados (art. 3°); protección contra detenciones y allanamientos (art. 4°); derechos fundamentales procesales: derecho al juicio por jurados, *non bis in idem*, derecho de negarse a declarar, injerencia en la vida, libertad, propiedad, expropiación sólo con juicio previo e indemnización (art. 5°); derechos procesales: procedimiento público y rápido, jurado imparcial, lectura de la acusación, enfrentamiento con los testigos, obligación de declarar para testigos favorables, derecho al defensor (art. 6°); juicio por jurados en el proceso civil (art. 7°); prohibición de penas y cauciones excesivas (art. 8°), y reservas de los Estados frente a la Federación (arts. 9° y 10).

La síntesis la da Kriele cuando afirma: "La mayoría de los derechos fundamentales protegen al ciudadano frente al tribunal y todos juntos protegen la libertad de la persona frente a las pretensiones de la soberanía del Estado"[5].

Lo afirmado hasta ahora se complementa con los principios de la Revolución Francesa, esto es, la idea de igualdad. Sólo el Estado constitucional, con separación de poderes, creó el marco para una libertad ju-

[5] Kriele, *Introducción*, p. 220.

rídicamente institucionalizada, dentro de la cual se hizo realizable la idea iusnaturalista de la igualdad. El Estado constitucional crea libertad, pero sólo para los privilegiados. La idea iusnaturalista exige libertad para todos, pero no la puede realizar jurídicamente. Fue con la unión del Estado constitucional y la idea de igualdad por la cual se crea la base de la libertad jurídicamente institucionalizada para todo el mundo.

Con esta idea se vuelve otra vez al principio. Las matanzas de la Revolución Francesa, así como todas las purgas revolucionarias, muestran que sin Estado constitucional no existen derechos humanos posibles. La historia de la Argentina es una muestra palpable de lo dicho. Sin un orden jurídico constitucional, todo derecho invocado por las partes se diluye en la nada. Desde esta perspectiva, la historia argentina no es otra cosa que una búsqueda, en primer lugar, de una constitución y, en segundo, del respeto por esa constitución. Basta la lectura de Alberdi para poder comprobar tal fenómeno. No alcanza con la sola declamación de la igualdad; sin esta referencia legal los derechos humanos básicos terminan siempre en manos de un Robespierre, matando o violando más derechos humanos que los que venía a salvar. Frente a los liberadores, sin referencia normativa, cabe siempre la expresión: ¿quién nos salvará de los liberadores, luego de la liberación?

Sería oportuno citar las palabras de Kriele: "La suposición de que la historia de los derechos humanos fundamentales comienza con la Declaración de los Derechos Humanos francesa de 1789 y que es la sedimentación política de la filosofía francesa es, conforme a lo expuesto, un error y además un error con efectos lamentables, pues ha contribuido esencialmente a una concepción de los derechos humanos que los separó del contexto institucional del Estado constitucional,

relegándolos al plano de las declamaciones. Esta concepción errónea de los derechos humanos conduce –allí donde es políticamente efectiva– al hecho de que si bien se reconocen los derechos humanos, no se los institucionaliza. Quien prefiera la realidad a las palabras patéticas, contemplará el asunto con poco entusiasmo: los derechos humanos están tan en lo alto que nadie puede alcanzarlos. El reconocimiento declamativo de tales derechos sólo empeora las cosas: encubre ausencia de los derechos humanos y da lugar a una ideología de poder que bajo la apariencia de la protección de los derechos humanos, practica el principio de soberanía"[6].

§ 9. ***FUNDAMENTOS DE LOS DERECHOS HUMANOS DESDE UNA PERSPECTIVA ÉTICA.*** – Dice Otfried Höffe que "en los derechos humanos llega a su plenitud el proyecto ético político de la modernidad. Por ello legitimar los derechos humanos significa defender el proyecto de la modernidad frente a proyectos anteriores, por ejemplo, los de la antigüedad"[7]. En este punto es obvio que el tema está emparentado con el derecho subjetivo del hombre, que se ve confrontado con varias ideas. Dos son las que aparecen a primera vista: el positivismo –tomado este concepto en el sentido del positivismo ideológico, en la terminología de Carrió–, y la idea anárquica de sociedad.

a) *El Estado moderno.* Villey, al volver sobre la idea de que el derecho humano es una noción moderna que difícilmente pudiera entrar en la mente de un antiguo, de un romano por ejemplo, dice que hablar de derechos humanos exige confrontar la idea de pac-

[6] Kriele, *Introducción*, p. 228.

[7] Höffe, Otfried, *Estudios sobre el derecho y la justicia*, p. 63.

to y también inmediatamente aparece la figura de quien puede ser considerado como el creador del Estado moderno: Hobbes.

Volvamos a nuestro primer autor citado, Villey: "No creo que en el pensamiento de Platón, de Aristóteles o de Santo Tomás y lo mismo en los mejores juristas romanos tenga existencia jurídica la desagradable noción moderna de un poder del hombre sobre el hombre, o aun sobre las cosas. Tengamos cuidado porque las palabras poder, *potestas* o *dominium* no tenían el sentido de hoy. En el sistema de la moral antigua, el poder de hacer las leyes, no era el poder de imponer el peso de su voluntad, de mandar súbditos, sino un oficio, una carga de descubrir y de determinar lo justo. El gobernante en la República de Platón, no es el dueño del navío sino su piloto, su timón, y la condición de guardián no parece en nada más envidiable que la de otros ciudadanos"[8]. Y esta idea está fundada en una más profunda todavía: "Hay una creencia, claramente expuesta por ellos, de que un orden, una armonía, un justo universal reinaría sobre el universo tanto humano como físico, como nosotros decimos: que en este todo naturalmente armonioso, cada parte, cada cual y cada cosa encuentran su lugar bien fijado por el gran plan de la naturaleza, como si estuviese diseñado de antemano en el proyecto de un arquitecto"[9].

Más allá de la profundidad del filósofo francés aparece un dato de la realidad que es de peso. El Estado moderno se configuró, Hobbes existió y la idea de derechos fundamentales aparece necesaria frente al avance de la soberanía del Estado frente al individuo.

[8] Villey, *Estudios*, p. 165.

[9] Villey, *Estudios*, p. 40.

Por ello, es necesario fundar los derechos humanos, no sólo por razones teóricas, sino por razones eminentemente prácticas. Los ejemplos dados con anterioridad y la noción de que estamos frente a una ciencia práctica exige tal solución.

La idea de derechos humanos o fundamentales, empleando ahora ambos términos como sinónimos, reside en que existe una especie de juego dialéctico entre las dos expresiones: soberanía del Estado y derechos humanos. Frente al avance de uno retrocede el otro y es difícil que ambos términos queden en paz. Frente a este problema no hay otra alternativa que fundar la idea de coacción de un modo racional, para escapar al anarquismo, por un lado y, al positivismo, por el otro.

El problema de la soberanía aparece fundado por Hobbes en forma no superada hasta nuestros días. Es necesario hacer una referencia a este tema, ya que no se puede hablar de derechos del hombre sin tener en cuenta el fundamento de la soberanía.

Para Hobbes, el hombre no está motivado por la razón sino por el autointerés, no queda satisfecho con una situación de reposo, sino que, al contrario y tal como se da en la experiencia, los deseos no se colman e intenta apropiarse de más cosas. Hay pues una ilimitada extensión del deseo que lo hace no sólo querer satisfacer el *momento*, sino también la permanencia de la satisfacción del deseo en el futuro. Aquí se muestra ya una quiebra con la idea tradicional del ser humano. Lo importante no es la tranquilidad del alma, sino que el surgimiento del deseo lleva a la búsqueda de la satisfacción y así sucesivamente en permanente movimiento. La idea de codicia ilimitada aparece como algo natural al hombre. Sin embargo, frente a la escasez de bienes, se produce el conflicto. Los hombres frente al mismo bien se vuelven enemigos. La

sentencia de Plauto *homo hominis lupus*[10] aparece como irrefutable.

Estos instintos primarios, búsqueda de la felicidad y autoconservación, llevan a un estado de guerra latente entre los hombres. Como bien dice Hobbes, "el hombre no es naturalmente sociable y si llega a adaptarse a la vida comunitaria no es por inclinación de su naturaleza sino por obra del poder coactivo. Pero, mientras falta este poder, actúan libremente la emulación, la desconfianza y la ambición que introducen la guerra de todos contra todos. Entonces reina la constante amenaza de la muerte violenta y la vida humana es solitaria, miserable y breve. En esa guerra universal nada puede ser injusto, pues donde no hay poder común no hay ley y sin ley no hay justicia. La violencia y el fraude son entonces las dos virtudes cardinales. Sin embargo, existen en el hombre tres pasiones naturales: el temor a una muerte violenta, el deseo de las cosas necesarias y la esperanza de obtener estas cosas necesarias por medio del esfuerzo. Aparece, entonces, la idea de un derecho subjetivo ilimitado a conservar la propia vida e integridad física frente a los demás y a todos los bienes que a ello se ordenan en concurrencia con los otros, lo cual es causa principal de guerra. Este derecho lo descubre sin esfuerzo la razón individual. Sin embargo, una mutua transferencia de derechos es lo que los hombres llaman contrato. Pero los contratos deben ser cumplidos, para ello es necesaria la fuerza coactiva. De esta ley de la naturaleza, según la cual estamos obligados a transferir a otros aquellos derechos que, retenidos, perturban la paz de la humanidad, se deduce una tercera ley, a saber: que los hombres cumplan los pactos que han celebrado. Sin ello, los pactos son va-

[10] Plauto, citado por Llinares, José, *Pacto y Estado*, p. 187.

nos y no contienen sino palabras vacías y subsistiendo el derecho de todos los hombres a todas las cosas seguimos hallándonos en situación de guerra. En esta ley de la naturaleza está la fuente y origen de la justicia".

Y continúa: "En efecto, donde no ha existido un pacto no se ha transferido ningún derecho y todos los hombres tienen derecho a todas las cosas; por tanto, ninguna acción puede ser injusta. Pero cuando se ha hecho un pacto, romperlo es injusto. La definición de injusticia no es otra sino ésta: el incumplimiento de un pacto. Por tanto, antes de que puedan tener un adecuado lugar las denominaciones de justo e injusto, debe existir un poder coercitivo que compela a los hombres, igualmente, al cumplimiento de sus pactos, por el temor a un castigo más grande que el beneficio que esperan del quebrantamiento de su compromiso. La paz, el miedo a la guerra, que conlleva la muerte violenta, aparecen como la base de la justificación del Estado. La causa final o designio de los hombres –que naturalmente aman la libertad y el dominio sobre los demás– al introducir esta restricción sobre sí mismos es el cuidado de su propia conservación. Y, por añadidura, el logro de una vida más armónica"[11].

Sólo mediante la creación de un soberano que, por medio de la recompensa y el castigo, asegure el cumplimiento de sus leyes, se garantiza efectivamente la paz. Por ello, en Hobbes, el contrato social tiene como contenido el establecimiento del soberano. El resultado es un contrato de sometimiento. En realidad de la lectura del *Leviatán* surgen dos contratos: uno, entre las personas y otro entre éstas y una tercera persona, que es el Estado, que aseguraría el contrato firmado entre las partes, pero a cuyo cumplimiento el

[11] Hobbes, citado por Llinares, *Pacto y Estado*, p. 187.

Estado no se compromete. Pero como bien dice Llinares, "este artificioso expediente conduce al positivismo jurídico más riguroso, pues una vez constituido el Estado, su omnipotente voluntad viene a ser la suprema norma del obrar, con lo cual el derecho natural se convierte en un *ius superflum*"[12]. Este ente artificial, creado por los hombres, se independiza de ellos, frente al cual el ciudadano no tiene derecho alguno sino sólo deberes. El soberano determina entonces por la ley lo que es justo e injusto. Toda resistencia a ello es ilícita, ya que destruiría la seguridad colectiva.

La creación de Hobbes no es una mera utopía, no es otra cosa que el Estado absolutista o, si se quiere, el Estado moderno. Contrariamente al Estado constitucional democrático, el Estado, tal como lo hemos analizado, está fuera del derecho. Es decir, es árbitro de las partes pero de ninguna manera sometido a la ley. Está por sobre ella, de modo que sólo queda esperar la misericordia del soberano. Ya se verá que este concepto radical del Estado contiene en sí mismo todos los males del Estado moderno. En América latina se desarrolló a su calor la teoría de la seguridad nacional.

Volviendo a la tarea de determinar en detalle la significación del Estado absolutista, se lo puede delinear de la siguiente forma:

1) *El soberano puede disponer libremente del derecho.* Esta idea se podría materializar de la siguiente manera: yo lo doy porque quiero, luego lo quito porque quiero. De modo que la soberanía no está dada por la Constitución, sino que la concede el Estado. Ante ello puede reformarla, derogarla o mantenerla, según su arbitrio.

[12] Llinares, *Pacto y Estado*, p. 191.

2) *El soberano puede violar el derecho.* Esto es, el soberano no necesita respetar el derecho, de modo que, en caso de creerlo necesario, puede hacer caso omiso de él, no necesita reformarlo sino sólo dejarlo a un lado. Obsérvese esta idea fundamental, porque el deber de respetar la ley hace que en el fondo se respeten los derechos humanos. De ahí la distinción que es necesario hacer entre los conceptos del positivismo.

3) *El soberano puede asumir en cualquier momento todo tipo de competencia.* Esto significa que la separación de poderes o funciones puede o no existir, pero no es obligatoria para él. No existe un orden legal que distribuya competencias, sino que el poder está reunido en el soberano. Él es la fuente de las competencias, pero está fuera de ellas.

4) *La soberanía.* Es incondicionada, irrevocable e ilimitada temporalmente.

5) *La soberanía es ilimitada en su contenido.* De esto surge una consecuencia de suma importancia. No puede haber derecho a la resistencia, menos todavía invocar ningún tipo de derecho moral o natural a favor del individuo y en contra del Estado. La idea misma de otro derecho distinto al dictado por el soberano repugna a esta teoría. Según esta idea, el contrato es firmado por las partes que le ceden al Estado sus derechos, sin que éste se obligue, no es parte del contrato, luego, no puede violarlo.

En síntesis, la teoría radical del Estado moderno tal como lo expresa Kriele: "el soberano tiene el poder indiviso, incondicionado, ilimitado de crear, modificar y violar el derecho"[13]. Bien mirado el asunto por lo que hasta ahora se ha expresado, no hay lugar alguno

[13] Kriele, *Introducción*, p. 69.

para los derechos del hombre. Y si los hay, son una concesión graciosa del Estado que los retira cuando éste lo desee.

b) *La fundamentación de los derechos humanos en el Estado moderno.* Luego de hacer referencia al principio por el cual la soberanía aparecía contrapuesta a la idea de derechos fundamentales, se tratará de fundamentar la noción de derechos humanos de manera de contraponerla a la soberanía absoluta, tratando de superar el pesimismo o la resignación de Villey, intentando no caer en la teoría anárquica del Estado. La solución que en principio se dio fue la democracia parlamentaria, a la cual también se puede fundamentar en un pacto como basamento lógico-hipotético. Se trata de fundamentar la libertad del hombre en el Estado.

Sobre el tema, Krings dice: "La discusión sobre el concepto de libertad en el plano racional queda desviada por la lucha innegable, documentada históricamente, en torno a la libertad política de los Estados o del individuo en el Estado. Es manifiesta la diferencia entre el libre y el esclavo en la sociedad antigua, entre súbdito en la monarquía absoluta y el ciudadano de la república, entre las libertades del Estado democrático de derecho y la limitación de estas libertades en el Estado totalitario. La diferencia radica en que, en un caso, se da autodeterminación política y en el otro determinación política ajena. Autodeterminación política significa que las leyes están dadas por los ciudadanos y que el Ejecutivo es controlado. La expresión autodeterminación política no significa que la acción del hombre esté libre de determinantes; la acción del hombre está determinada por las leyes y no precisamente a su antojo. La acción autónoma consiste en traducir a la realidad de la vida común lo que el ciudadano se ha dado a sí mismo como ley.

La autodeterminación política se distingue de la determinación ajena no por ausencia de ley, sino por el origen de la ley. La fatal determinación ajena totalitaria está en que sólo las lagunas de la disposición legal ofrecen un refugio para un resto de autodeterminación, que entonces está aislada, impotente y carece de ley; anarquía y totalitarismo son complementarios"[14].

De ser así, esta ley, que surge de un Estado, debe ser respetada o, dicho en otros términos, para que exista el derecho subjetivo o derecho humano, de una persona, es necesario que exista otra obligada a no violarlo, y es obvio también que alguien debe velar por este cumplimiento.

Citando a Höffe se podría afirmar que los derechos humanos son un imperativo que otros deben cumplir. Para que la vida de un ser humano sea respetada, otros deben tener prohibido matarlo, su derecho se asienta sobre el deber de otro. Este deber, que en un buen número es omisivo, es coactivo, viene de afuera. Sin embargo, esa coacción es la que debe ser legitimada. No se trata tanto de fundar el derecho sino de legitimar el deber de respetarlo. En esta idea aparece, como es notorio, el concepto de derecho-deber.

La pregunta del porqué de la coacción y de su justicia se resuelve en la teoría del pacto: quien se obliga voluntariamente a algo, no puede luego quejarse si se lo compele a cumplir lo pactado; una especie de coherencia en los propios actos lo lleva a aceptar las consecuencias de lo pactado. Pero, como bien lo plantea Höffe, el problema estaría en aquellos derechos que se llaman innatos, sobre los cuales no se acordó algo,

[14] Krings, Hermann, *Conceptos fundamentales de filosofía*, t. II, p. 472.

o dicho con sus palabras: "¿Existen competencias coactivas que los hombres pueden realizar recíprocamente también en el caso de que no se hayan realizado los acuerdos correspondientes?".

1) Una primera respuesta es que la coacción innata es legítima cuando para los afectados ésta es más ventajosa que si no existiera, esta coacción no viene de arriba sino de los otros. En este sentido, los derechos humanos están incluidos en la llamada justicia conmutativa, no son impuestos desde arriba sino que son una especie de canje entre los hombres. Existe, sin duda, una ventaja para cada uno y en eso consiste la justicia.

2) Esto lleva, tal como lo han planteado los autores, a preguntarse qué es más ventajoso para los demás. Necesariamente hay que volver a Hobbes, tratando de imaginar un momento de nuestra historia en que no existía ningún tipo de coacción. Aparece la libertad absoluta, cada hombre puede hacer lo que quiera concediendo que los otros también puedan hacerlo. La remisión al capítulo 13 de Hobbes es casi irremediable, se puede matar pero también se puede perder la vida. No se trata acá de sostener que este Estado existió en un momento histórico, ni de decir que en otro momento los hombres se reunieron para hacerlo cesar, sin perjuicio de que la historia de cada país demuestre que ha existido; por ejemplo, en la Argentina, en 1853, la sociedad decidió dictar su ley fundamental. El problema radica en llegar a una justificación que va más allá de lo empírico.

Si se limita el derecho de cada persona a matar a otra existe obviamente un canje, no mata pero tampoco será matada. El efecto es el siguiente: cuando renuncia a matar cede su libertad de matar, asegurándose inmediatamente la integridad física. Cuando renuncia a ofender surge el honor y así sucesivamente.

Tal como se ha planteado el tema, para que el contrato resulte es obvio que todos deben realizar el canje; bastaría que sólo uno lo violara para que todo el edificio se desmoronase. Partiendo de la idea que lo que más aprecia el hombre es su vida y, según lo que se viene argumentando, él asegura su vida pagando a cambio un precio que es el de no poder matar. El ejemplo de la vida es quizás el más fuerte y el que sustenta la idea de que el interés que está en juego sea de tal magnitud que no pueda renunciarse. En este sentido, la vida y la integridad física aparecen, sin dudas, como ese tipo de interés. En este punto son válidas las palabras de Höffe cuando dice: "Con respecto a la vida no vale la suposición de predominio y, sin embargo, su integridad tiene que ser un derecho de libertad, hay que argumentar de la siguiente manera: también quien no otorga mayor importancia a la vida tiene –consciente o inconscientemente– este interés, lo tiene porque, en caso contrario, no podría desear nada ni tampoco tratar de satisfacer su deseo. Independientemente de lo que desee obtener o evitar, es decir, como condición de la libertad de acción, la vida es el presupuesto para que sea posible un desear orientado a la acción"[15].

Esto lleva a que la ventaja que se obtiene tiene que ser irrenunciable. La tesis está contenida en la idea del derecho que había expresado Kant: "Este derecho se funda, a la verdad, en la conciencia de la obligación de todos según la ley; pero para determinar el arbitrio en consecuencia de esta obligación, el derecho estricto o puro no puede ni debe referirse a esta conciencia como móvil, por el contrario, debe apoyarse en el principio de la posibilidad de una fuerza ex-

[15] Höffe, *Estudios sobre el derecho y la justicia*, p. 76.

terior conciliable con la libertad de todos según las leyes generales"[16].

El problema de la irrenunciabilidad, como acto de justicia, tropieza con el escollo de los niños y los viejos, ya visto por Hobbes. En este sentido, el argumento dado por éste, que convierte el acto en justicia y no en donación, aparece ahora como válido.

Se llega así a una cuestión básica: la renuncia exige de un poder coactivo. Aquí es donde hay que separarse definitivamente de Hobbes y de la teoría anarquista. Interesa señalar de la segunda, el problema que se plantea ante la idea del polizón. Es decir, surge entonces la noción del sujeto que aprovecha de la renuncia de todos a la libertad, sin renunciar él mismo a ninguna ventaja, de modo que se aprovecha de los beneficios de la paz, sin aportar la cuota de sacrificio necesario para ello. Además del problema de la sublevación que podría llevar a los otros partícipes, ante el hecho de que alguien se beneficie sin que haya dado nada a cambio. Pongamos el ejemplo del sujeto que va en un medio de transporte, en una sociedad que, para evitar la polución, ha decidido ir en medios colectivos. Para ello todos han dejado su auto, lo han vendido y han comprado un medio común para ir al trabajo. Sin embargo, uno de ellos, no sólo no vende su auto, sino que no colabora en la compra del vehículo común y, además, intenta viajar en éste, dejando su auto para los fines de semana. La sola idea de este polizón pone en crisis el sistema, de modo que se hace evidente la necesariedad de la coacción. En este sentido, el ser polizón no "debe valer la pena". Hay que demostrar que ser polizón no trae ventajas. Cito nue-

[16] Kant, Immanuel, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, p. 35.

vamente a Höffe: "En este y sólo en este punto de nuestro intento de legitimar los derechos humanos se vuelve necesario aquel poder conjunto o público de imposición que llamamos orden jurídico o estatal, pero que desde la perspectiva de la teoría de la legitimación puede ser llamado mejor la espada de la justicia"[17].

Desde otro punto de vista, como se dijo, tampoco es aceptable la teoría de Hobbes. En ella, el Estado aparece sólo subsidiariamente legítimo en cuanto viene a garantizar los derechos que el hombre ya tenía y que libremente había decidido intercambiar; el Estado no otorga, con su soberanía, esos derechos sino que los garantiza, que es otra cosa. Esta idea aparece como clave en el problema de los derechos humanos. No es el Estado quien da sino quien debe cuidar. Es el Estado quien debe proteger los derechos humanos. O, si se quiere, es el garante de este deber del otro para respetar los derechos. Ambos términos, derecho y poder, necesitan uno del otro. Los derechos humanos sin un poder son una utopía y un poder sin derechos humanos, una tiranía.

Lo expuesto, obviamente, se junta con la idea de una democracia parlamentaria con separación de poderes. La idea de Coke, en cuanto a que debía haber un Estado sujeto a la ley y un juez a quien poder reclamar este derecho subjetivo, aparece entonces como fundamental. En este momento surge una especie de ruptura con la teoría tradicional del Estado que lleva a tomar distancia del filósofo Villey, a quien se había tomado como referente. En ésta, el Estado no aparece como medio para conseguir fines del hombre, como podía llegar a entenderse en Aristóteles y que luego

[17] Höffe, *Estudios sobre el derecho y la justicia*, p. 79.

el absolutismo ilustrado hizo suya la idea. El Estado queda vinculado como condición de posibilidad de los derechos del hombre. Como bien decía Kant: "un gobierno fundado en el principio de la beneficencia (*Wohlfahrt*) respecto al pueblo, de modo semejante a como un padre se comporta con sus hijos, es decir, un gobierno paternal en el cual los súbditos sólo tienen que conducirse pasivamente como si fueran niños que no pueden distinguir lo que verdaderamente les es provechoso o perjudicial... es el mayor despotismo"[18].

Esta noción de Estado queda aclarada por Kant: "La libertad jurídica (externa por tanto) no puede definirse, como suele hacerse, como la facultad de hacer todo lo que se quiera, con tal de no perjudicar a nadie. Pues ¿qué significa facultad (Befugnis)? La posibilidad de acción en tanto que con ella no se perjudique a nadie. Por lo tanto, la explicación de la definición vendría a ser: libertad es la posibilidad de acciones que no perjudiquen a nadie. No se perjudica nada (hágase lo que se haga) si solamente no se perjudica a nadie: es pues una mera tautología. La libertad exterior hay que explicarla de la siguiente manera: como la facultad de no obedecer ninguna ley exterior sino en tanto y en cuanto se ha podido dar el consentimiento"[19].

Asimismo la igualdad exterior (jurídica) en un Estado consiste en la relación entre los ciudadanos, según la cual "nadie puede imponer a otro una obligación jurídica sin someterse éste también a la ley y poder ser de la misma manera obligado a su vez"[20].

[18] Kant, Immanuel, *Ensayo sobre teoría y práctica*, en "Obras completas", t. VIII.

[19] Kant, Immanuel, *Sobre la paz perpetua*, nota 3.

[20] Kant, *Sobre la paz perpetua*, p. 16.

De este texto, que aparece como básico para esta materia, surge la idea de libertad e igualdad de los ciudadanos porque sólo los libres e iguales pueden pactar con efectos jurídicos. Los incapaces, los de un estamento menor, no lo pueden hacer. Dicho en otros términos, por detrás de esta idea de Estado garantizador de los derechos humanos, está el concepto de hombre moderno surgido del liberalismo. Se asienta toda esta construcción en dos ideas: la idea de moral autónoma y el tercer postulado kantiano, por el cual el hombre no puede ser utilizado como medio para los fines de otras personas.

La idea de libertad exterior tiene su base en la capacidad del hombre, en el poder del individuo, mediante su conciencia de determinar el deber ser. No existe ninguna norma exterior que le diga al sujeto cuál es el deber, si él no se lo ha puesto como meta. Como lo expresa Henkel: "De todo lo dicho se deduce que el sector de la moral autónoma no viene determinado por condicionamientos y límites reales, ni está vinculado a la existencia de grupos humanos y de su situación histórica y social. Su campo es la humanidad sin más, en la cual cada individuo ha de determinar su comportamiento, como personalidad, con independencia de toda vinculación a grupos, frente a todos los órdenes reales y sus coacciones, únicamente en base a su autovinculación interna. La moral autónoma significa, por consiguiente, un puro deber ser, un ser ideal que no puede ofrecer realidad alguna en un orden vigente de comportamiento. La única expresión que puede encontrar una exigencia así de deber ser consiste en la máxima: 'actúa conforme a tu conciencia'"[21].

[21] Henkel, Heinrich, *Introducción a la filosofía del derecho*, p. 221.

Esta idea de actuar conforme a conciencia implica la capacidad del hombre de dictar su propia ley (*auto*: mismo, *nomos*: ley). Esto es, la capacidad que tiene el hombre para legislar. Ha sido Murdich quien sostuvo frente a este hombre o modelo de hombre lo siguiente: "Qué reconocible, qué familiar nos resulta el hombre tan bellamente descripto en la fundamentación, quien incluso ante Cristo, se aparta para considerar el juicio de su propia conciencia y oír la voz de su propia razón. Este hombre todavía permanece con nosotros, libre, independiente, solitario, poderoso, racional, responsable, valiente, el héroe de tantas novelas y de tantos libros de filosofía moral... Es el ciudadano ideal del Estado liberal, una advertencia a los tiranos"[22].

Más allá que esta concepción del hombre pueda tener correctivos, ella exige –como bien se ha dicho– que haya entre los hombres relaciones morales, pues éstas son posibles. Y que además esta relación entre los hombres, exige permanentes soluciones a nuevas situaciones, en los cuales el Estado sólo debe garantizar los derechos fundamentales, pero nunca imponer su moral que, como es obvio, será externa al hombre y, por tanto, no obligante.

El segundo punto de base de concepción es la idea, también desarrollada por Kant, de la imposibilidad de tomar al hombre como medio para fines. O con palabras del mismo Kant: "El hombre y en general todo ser racional existe como fin en sí mismo, no meramente como un medio para su utilización caprichosa por esta o la otra voluntad, sino que tiene que ser considerado en todo momento como fin en todas sus acciones, tanto en las que se halla en relación consigo

[22] Murdich, Iris, *The sovereignty of good.*

mismo, como en las que se halla en relación con los demás"[23].

En síntesis, si los derechos humanos son parte de la justicia conmutativa, si el derecho de una persona aparece sólo en la medida que otra lo respete y si esto se logra en un Estado en donde la ley surja de la voluntad de las partes, y donde sea más provechoso aceptar la ley que no hacerlo, es obvio que el derecho penal cumple una función de suma importancia.

Con respecto a lo que debe ser el derecho penal liberal cabe citar a Rivacoba y Rivacoba que exige lo siguiente.

a) La absoluta igualdad de todos los individuos ante la ley punitiva.

b) La rigurosa legalidad de los delitos y de las penas, o sea su fijación minuciosa en la ley, como forma de hacer factible su conocimiento y garantizar por este medio la seguridad jurídica y la libertad individual.

c) La consiguiente reducción del arbitrio judicial que, en momentos extremos, se pensó ingenuamente que podía ser eliminado y, en todo caso, someterlo a reglas muy estrictas.

d) El escrupuloso respeto por el fuero interno de los individuos, el derecho a la disidencia y la expresión de las ideas.

e) La consideración básica del delito, como un ataque objetivo a bienes jurídicos de interés general.

f) La proscripción de la responsabilidad sin culpabilidad, entendiendo ésta no por la conformación de la personalidad o del carácter, sino referida al aislado acto delictuoso de que se trate.

g) La humanización de las penas, rechazando aquellas que, estimadas de acuerdo con la sensibilidad y

[23] Kant, *Fundamentación*, p. 52.

las valoraciones de la época, se revelen crueles en exceso o repugnen a la dignidad humana.

h) Su proporcionalidad con la gravedad objetiva del respectivo delito.

i) El fin retributivo de la penalidad desechando cualquier utilización del condenado, habiendo, sin embargo, que reconocer que numerosas doctrinas y legislaciones liberales han asignado a la punición una función preventiva, si bien dentro de límites muy precisos, que impiden que se desconozca la dignidad del sentenciado y se desvirtúe la retribución penal[24].

[24] Rivacoba y Rivacoba, Manuel, *Relaciones del derecho penal con el derecho político*, en "Doctrina Penal", 1980-600.

CAPÍTULO III

DERECHOS HUMANOS, DOGMÁTICA PENAL Y CRIMINOLOGÍA

§ 10. *INTRODUCCIÓN.* – Es necesario analizar, frente a las críticas que recibe la ciencia penal, el valor de ella. La dogmática se halla cuestionada tanto desde la política de signo de derecha como de izquierda. Sin embargo, creemos que la dogmática penal tiene algo que decirle al hombre actual.

Interesa hacer resaltar ahora una hipótesis de trabajo que se podría enunciar de la siguiente manera: la única forma de poder respetar los derechos básicos está en tener un Poder Judicial independiente que, cuando interprete la ley, haga dogmática penal. Dicho en otros términos, la dogmática penal hace a la cara interna de los derechos fundamentales.

No se conoce otra forma civilizada de aplicar judicialmente la ley si no es mediante la dogmática penal, de ahí que deba empezar de una manera sistemática, esto es, no definiendo o explicando la posición, sino analizando lo sucedido en aquellos países en donde no ha existido la dogmática penal.

§ 11. *ESTADO TOTALITARIO Y DOGMÁTICA PENAL.* – Cabe referirnos a países con signos ideológicos simila-

res, como la ex Alemania Oriental, ocupada por los soviéticos, y la Unión Soviética posrevolucionaria. No se trata de un problema de Estado totalitario, sino que, da la casualidad, en los Estados totalitarios la violación de los derechos humanos va acompañada de algo más, la falta de dogmática penal.

En la Alemania soviética existía un principio básico: la legalidad socialista. Según Jescheck, esto equivale a lo siguiente: "los tribunales populares podían fallar sin leyes formales, tan sólo sobre la base de su conciencia revolucionaria"[1]. ¿Qué quiere decir esto en buen romance? ¿Cómo se deduce del texto que el principio de soberanía del Estado, tiene absoluta prioridad por sobre los individuos? La teoría del positivismo aparece casi sin pensar demasiado. "Legalidad socialista" significa, ante todo, negar el derecho de examen judicial y rechazar estrictamente la idea de que puede existir un injusto estatal revestido de formas legales. Desde el punto de vista jurídico, puede decirse que "la legalidad socialista es la adhesión incondicional al dominio del positivismo en la forma de resoluciones del Partido, sustraídas a toda posible discusión y fuera de las cuales no hay salvación posible"[2].

Los ejemplos de la ley de pasaporte contraria a la libertad de emigrar, establecida por la Constitución; la prestación obligatoria de servicios, aunque vaya en contra del derecho de libertad de trabajar y la prohibición de recibir recepciones de radio y televisión de la Alemania Occidental, así como de la lectura de libros de Occidente, son sólo una muestra de lo dicho para esa etapa perimida.

[1] Jescheck, Hans H., *Derecho penal y su aplicación en la zona alemana de ocupación soviética*, p. 33.

[2] Jescheck, *Derecho penal*, p. 35 y 36.

El tema se entronca con la prohibición de salir del país que el gobierno militar impuso en la Argentina durante el estado de sitio, dentro del cual el Poder Ejecutivo tenía el derecho de detener a las personas.

Con ello, más el ilimitado tiempo del estado de sitio, el Poder Ejecutivo eludía la acción del Poder Judicial, evitando iniciar procesos a las personas. Todo, por supuesto, con el objeto de salvar a la Constitución y a las garantías individuales. La idea, que luego se dio en la guerra de Vietnam y que llevó a la condena de algunos soldados, parece repetirse: "Para salvar a la aldea, había que destruir a la aldea".

Este principio de legalidad socialista juega con la idea del Partido. Citado por Artz, aparece claro el principio en una de las publicaciones oficiales: "La aplicación consecuente de nuestro derecho es una aplicación partidaria, puesto que el mismo derecho es salvaguardia del partidismo"[3]. Esto apareció en la actitud de los jueces frente a los campesinos en la época de la colectivización. Los jueces debían colaborar con la introducción de esta política y no se podía fallar a favor del individuo.

Vuelvo otra vez a la Argentina y a la doctrina de la seguridad nacional que imperó en una época; en ésta, el poder nacional era el instrumento de la política nacional, e incluía los órganos y la función de dirección de la sociedad política. Comprendía a los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial y también al poder político partidario, es decir, tenía el monopolio de la coerción[4].

Con respecto a la ex Alemania Oriental, se explica que todo tratamiento de la dogmática penal que lleve

[3] Artz, citado por Jescheck, *Derecho penal*, p. 37.

[4] Donna, Edgardo - Caviglia, Mariela, *Teoría de la seguridad nacional y el problema carcelario*, en "Perspectivas penales", p. 45.

ínsito una reflexión sobre el delito y sobre la pena no haya tenido lugar en dicho país. "La idea de la retribución adecuada a la culpabilidad es una manifestación de la ideología de los explotadores, que ya fue desarrollada por los filósofos de la sociedad negrera (especialmente Platón y Aristóteles)"[5]. Porque la pena tiene, fundamentalmente, el fin de ahogar en su nacimiento todas las inquietudes del pueblo que sean enemigas del pueblo.

Se puede afirmar entonces con Jiménez de Asúa, que "las características del derecho penal soviético, lo hacen antiliberal"[6]. Y estas palabras en los penalistas tienen un fuerte significado. Quieren decir que el principio de libertad, que tiene su resguardo en la máxima *nullum crimen nulla pœna sine lege*, queda abrogado políticamente por la instauración de la analogía. "Se ataca la igualdad al destruir el valor del tipo objetivo, puesto que el Código Penal ruso establece que sólo puede ser reprimido el hecho cuando existe peligrosidad del autor en la violación del orden jurídico. Y, por último, la fraternidad que proclama en el derecho penal liberal, la benignidad de las penas, se quebranta por la aplicación de la pena de muerte en gran escala, sobre todo para los que atacan al Estado y su organización política"[7].

La idea del positivismo deriva en la idea de la peligrosidad. Y el asunto es claro, si la tesis es que se debe castigar al sujeto por ser peligroso. Esto es, porque lleva un estigma propio en él o porque su idea está en contra del Estado. La pregunta es casi obvia: ¿por qué esperar a que el sujeto cometa delito, si inexorablemente va a realizar actos que no le gustan al

[5] Jescheck, *Derecho penal*, p. 532.

[6] Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, t. II, p. 195.

[7] Jiménez de Asúa, *Tratado*, t. II, p. 195.

gobernante? De un plumazo, el derecho penal de autor desaloja al derecho penal de acto.

La teoría positivista campea entonces, invocándosela o no; sintéticamente se podría afirmar que, desde esta óptica, el derecho penal aparece como el poder del Estado que va a sancionar al delito. Éste sería el síntoma revelador de la personalidad socialmente peligrosa del autor. Las causas pueden ser individuales y sociales. De ahí que la sanción tenga por fin asegurar la defensa social y cumpla una función preventiva, debiendo adaptarse a la peligrosidad demostrada por el individuo. Como lo expresara Grispini, "la peligrosidad criminal es la capacidad de una persona de, en el futuro, con seguridad aparecer como autor del delito". Desde el punto de vista psíquico, por tanto, la peligrosidad criminal es un modo de ser del sujeto, es un atributo, una cualidad de una persona y, más precisamente, es la condición psíquica de una persona en cuanto probable causa de un delito. Desde el punto de vista jurídico, la peligrosidad es el estado de antijuridicidad de un sujeto, que tiene por consecuencia jurídica la aplicación a él de una sanción criminal. La peligrosidad criminal, por tanto, es una calificación jurídica subjetiva y entre ella y la sanción criminal existe una correlación jurídica, en cuanto el derecho vincula al hecho de la peligrosidad el efecto de la sanción criminal. La peligrosidad criminal es la causa jurídica, el título jurídico para la aplicación de la sanción criminal[8].

Que esta teoría haya desaparecido oficialmente, nada dice. Mientras se siga sosteniendo la tesis según la cual la soberanía avanza sobre los derechos individuales, en donde la sanción sirva para justificar el Es-

[8] Jiménez de Asúa, Luis, *El Estado peligroso*, p. 42 y 43.

tado y no el derecho del otro, esto es, a los bienes jurídicos, la teoría positivista estará siempre vigente.

§ 12. *LA DENOMINADA "CRIMINOLOGÍA CRÍTICA".* – Hay una nueva acechanza en contra de la dogmática penal: la llamada criminología crítica, que tiene sus sostenedores más activos en nuestra América. Voy a partir en este tema de un trabajo de Quinney.

Dice este autor: "Es una filosofía crítica la que nos capacita para romper con la ideología de la época. Porque, inserta en el proceso de pensamiento crítico, está la posibilidad de pensar negativamente... Pero se requiere algo más que un pensamiento negativo en una filosofía que ha de llevarnos a la reconstrucción radical de nuestras vidas; en verdad la revolución misma. Para poder rechazar algo, debemos tener alguna idea del aspecto que las cosas podrían tener. Es en este punto donde una filosofía crítica debe desarrollarse hacia una perspectiva marxista"[9].

Y agrega más adelante: "Propongo, con sentido de lo posible, una filosofía crítica para la comprensión del orden legal. Esa filosofía se basa en un desarrollo crítico del pensamiento marxista para nuestra época. Aunque el régimen legal no consiste sólo en la ley penal, ésta constituye la base de ese régimen. Una teoría del control del crimen en la sociedad capitalista encara entonces la ley penal como el instrumento coercitivo del Estado, empleado por el Estado y por su clase dominante para preservar el orden económico y social existente"[10].

[9] Quinney, Richard, *Control del crimen en la sociedad capitalista: una filosofía crítica del orden legal*, en Taylor, Ian - Walton, Paul - Young, Jock, "Criminología crítica", p. 229 y siguientes.

[10] Quinney, *Control del crimen*, en Taylor - Walton - Young, "Criminología crítica", p. 234.

No lejos de este pensamiento Aniyar de Castro afirma: "La filosofía crítica es radical, porque busca la esencia de las cosas. Como es radical, pues procede al retiro de los mitos, es decir, de los fetiches, de la existencia, de las categorías objetivas para alcanzar la esencia. El mito, en este caso, es la ley penal y no la valorización interesada que ella representa en su función de garantía del sistema de producción que le sirve de base. La filosofía crítica es, entonces, una actividad práctica: además de estudiar el mundo se interesa por cambiarlo, busca existencias alternativas mejores que las que le han sido dadas. Por ello se dice que es una filosofía política que en el terreno de la criminología se ha transformado en una verdadera politología del crimen"[11].

En similar sentido se expide del Olmo: "Cada vez estoy más convencida de que el criminólogo latinoamericano no puede quedarse en el deber ser, sino que tiene que insertarse en la lucha social con su saber"[12]. O la misma autora cuando, intentando hacer una síntesis, cita a Young para decir que la criminología crítica o teoría crítica del control social "es un futurismo moral idealista"[13].

No quiero entrar en el aspecto más destacado de esta teoría crítica, que es su carácter marxista, por el cual tengo respeto pero, a la vez, gran discrepancia. Tampoco hay en estos autores, a raíz de la ideología que arrastran, una sola crítica a países como Cuba o

[11] Aniyar de Castro, Lola, *La investigación criminológica en Venezuela*, en "Doctrina Penal", 1978-267.

[12] Del Olmo, Rosa, *Criminología y derecho penal; aspectos gnoseológicos de una relación necesaria en la América latina actual*, en "Doctrina Penal", 1987-35.

[13] Del Olmo, *Criminología y derecho penal*, en "Doctrina Penal", 1987-36.

Nicaragua. Sólo me interesa tomar un punto de esta doctrina que es la negación de la libertad del hombre. Leyendo a estos autores se deduce que delinquen aquellos sujetos marginados que, por las circunstancias sociopolíticas, se ven determinados a ello. Desde esta perspectiva, toda dogmática penal es una forma de expresión de la clase social que, como es obvio, también la practica el juez, que pertenece a esa clase social.

De modo que aparece un determinismo social, no sólo de los sujetos sometidos a la ley, sino de aquellos que los juzgan. Determinismo social que se suma a una especie de exaltación de clases marginadas que, sin duda, es una traspolación de categorías bíblicas. ¿Qué es sino el pueblo de Dios que busca el camino hacia Cristo desde la Tierra? El pueblo de Dios es bueno en sí y debe luchar contra la opresión y llegará con seguridad a buen puerto. De esto surgen profecías de futuro que, obviamente, no sólo no se cumplen sino que, a la inversa, en los hechos se dan al contrario de los pronósticos. Como dice Popper: "La idea de una ley que determine la dirección y el carácter de la evolución es un típico error del siglo XIX que surge de la tendencia general a atribuir a la 'ley natural' las funciones tradicionalmente atribuidas a Dios"[14]. Permítanme volver a citar al mismo Popper cuando dice: "Hegel y Marx, a su vez, reemplazaron la diosa Naturaleza por la diosa Historia. Así llegamos a las leyes de la historia, a los poderes, fuerzas, tendencias, designios y planes de la historia y a la omnipotencia y omnisciencia del determinismo histórico. Los pecados contra Dios fueron reemplazados por los criminales que se oponen vanamente a la marcha de la histo-

[14] Popper, Karl, *El desarrollo del conocimiento científico*, p. 408.

ria y supimos que nuestro juez no será Dios sino la historia"[15].

Con ello se logra algo no conseguido ni siquiera por los positivistas italianos. Terminar, por una parte, con el estudio de la dogmática que sólo será objeto de esta ciencia criminológica y, por la otra, poner bajo sospecha –no ya metafísica, como lo habían hecho aquéllos– a quienes hacen y aplican la ley. Se trata no ya de ver cómo el hombre se ha rebelado contra la norma, sino casi de aplaudir la rebelión en nombre de intereses comunes. Los derechos humanos, mientras tanto, pueden esperar. "Destruyamos la aldea para que la aldea se salve"; la frase dicha por los soldados norteamericanos en Vietnam, suena nuevamente en mis oídos.

§ 13. *LA PRETENDIDA "TEORÍA DESDE LA MARGINACIÓN".* – El último ataque a la dogmática penal aparece en la obra de Zaffaroni, que intenta fundar una nueva teoría penal desde la "marginación". En uno de sus últimos libros[16] intenta fundar su tesis, que es casi una destrucción de toda su anterior obra dogmático-jurídica.

Al margen de algunos errores de tipo conceptual, sobre los cuales no quiero entrar en detalle, pero que merecen ser anotados, la obra termina con la destrucción del concepto de culpabilidad en la teoría del delito.

El primer aspecto que llama la atención es la tendencia a un tremendo reduccionismo, en cuanto a las ideas fundantes en materia penal. En un tramo de su

[15] Popper, *El desarrollo del conocimiento científico*, p. 414 y 415.

[16] Zaffaroni, Eugenio R., *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, p. 50 y 51.

obra se lee, luego de un breve resumen de casi cuatro líneas dedicados a Kant, que esta filosofía ha dado lugar a discursos jurídico-penales que "sólo admiten penas retributivas"[17]. En este sentido, debo decir que los estudios de Naucke, Gössel y Kaufmann han demostrado lo contrario. Luego insiste en que el criticismo kantiano del siglo XVIII fue una expresión del despotismo ilustrado, y en la nota sostiene: "El rechazo kantiano a toda posibilidad de resistencia a la autoridad agitando el fantasma de Hobbes, resulta muy claro en este sentido, pese a lo cual, suele pasárselo por alto y señalar a Kant como el garante del liberalismo penal"[18]. Esto, insisto, sin ninguna cita de Kant, sino remitiéndose al dicho de Mario Cattaneo.

Pero más adelante basándose en Marat realiza la crítica al principio de libertad en el cual, según el autor, se basa el retribucionismo. Allí expresa: "La cuestión sería obvia en una sociedad justa, en que la pena alcanzase a todos los violadores del derecho y en que todos dispusiesen del mismo espacio social, pero en sociedades reales, en que esto no sucede –en ninguna y mucho menos aún en nuestro margen– la pena retributiva queda deslegitimada"[19], con lo cual, aun sin buscarlo, no tiene otra alternativa que admitir las teorías preventivas.

Más allá de la teoría abolicionista que parece defender Zaffaroni, va surgiendo una idea que luego termina definiéndose en su teoría de la culpabilidad. Hay dos clases de personas en este mundo: los marginados, que son la reserva espiritual del mundo, que no son libres pero van camino a serlo, y que, una vez

[17] Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, p. 50.
[18] Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, p. 51.
[19] Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, p. 86.

que lo logren, este mundo será más justo y más bueno, y los poderosos, a quienes se los puede definir como todos aquellos que no son marginados, y cuyos derechos humanos pareciera que no importan. A los primeros se les debe dar una especie de curatela social hasta que "se liberen". A mi juicio, la traspolación de ideas religiosas, del "pueblo elegido" que busca a Dios y lo logrará en un momento de la historia, aparece sin dudas como evidente. Sólo una versión sobre este tema lleva a la conclusión de que es una ideología igual que las otras, sin ninguna base real. Pero es más, pareciera que la marginación es buena por sí, casi un mérito, casi una vuelta al estado de naturaleza de Rousseau, tan criticado por el autor.

El segundo problema que tiene la teoría que explicamos es que necesita otra vez –y tal como le pasó a Hobbes– de alguien que determine quién es marginado y quién no lo es. ¿Cómo surgiría, en la realidad, la forma de poner a las personas entre los poderosos del mundo o entre los marginados? ¿Cuál es el criterio y quién es la persona?

Además define Zaffaroni qué es "lo marginal", como él gusta decir, sosteniendo que lo "marginal equivale a periférico, con respecto a los países centrales"; marginal es "la gran mayoría de la población latinoamericana marginada del poder, pero objeto de la violencia del sistema penal"[20].

Vamos entonces a dilucidar qué es la culpabilidad en este "nuevo" sistema penal. Lógica consecuencia es deducir que "el procesado ya no es más el responsable, porque no tiene por qué responder legítimamente (ya que se lo somete a un poder deslegitimado). La responsabilidad es de la agencia judicial, que debe

[20] Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, p. 170.

responder ante el procesado y ante la comunidad, dando cuenta de la forma en que ejerce o administra su reducida cuota de poder limitado"[21].

¿Qué es entonces la culpabilidad? Dice Zaffaroni: "Si bien el injusto se ha cometido, la culpabilidad no puede hacerse valer en el sistema penal, donde por definición estructural falta el titular del bien afectado, que es el verdadero acreedor a ese pago"[22].

La denominada agencia judicial (serían los jueces si mal no lo interpreto) debe encontrar un criterio racional (no se sabe qué tipo de racionalidad) que no resulte éticamente descalificante, dice Zaffaroni. Como no puede acabar con el sistema penal debe limitarlo. Y acá aparece el determinismo social, la tarea social del marginado que, obviamente, se eleva por sobre sus congéneres. Dice este autor: "Cuando una persona se coloca en situación de vulnerabilidad es cuando el sistema penal la selecciona y la instrumenta para justificar su propio ejercicio de poder. Es el grado de vulnerabilidad al sistema penal lo que decide la selección y no la comisión de un injusto"[23].

Esta vulnerabilidad viene por un estado o por un esfuerzo. El primero es obviamente incobrable, de ahí que Zaffaroni diga que "puesta la agencia judicial en la necesidad de responder, no puede hacerlo en función de este orden de factores, sino de los que constituyen el esfuerzo personal por la vulnerabilidad, que, por otra parte, son los que constituyen la esencia del aporte que la persona hace para el sostenimiento del ejercicio del poder que la selecciona y criminaliza"[24].

[21] Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, p. 271.
[22] Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, p. 274.
[23] Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, p. 275.
[24] Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, p. 277 y 278.

Es que la pena es "irracional y parte de un hecho más violento y amplio", de modo que se impone la tarea de limitarla, y dice luego: "La condición de prisionero del momento político no es producto de la razón sino de la guerra"[25].

En síntesis, la culpabilidad por vulnerabilidad opera siempre como límite máximo de violencia tolerada, siempre por debajo –o cuando más coincidente– con el límite que surgiría de la mera culpabilidad por el injusto, ya que se trata de un concepto mucho más abarcativo y reductor de éste[26].

La síntesis, a mi juicio, es que en este esquema la culpabilidad ya no es por el acto, sino por el autor. Hecho éste que acepta Zaffaroni, pero diciendo "que poca importancia tiene calificar a la culpabilidad como de autor" y nada obstaría a aceptar una culpabilidad del autor, "pues siempre sería más limitativa de violencia penal deslegitimada que la versión tradicionalmente aceptada por el derecho penal liberal"[27].

Esta teoría no es otra cosa que la teoría de Lombroso al revés. Hay seres humanos incapaces de motivarse de acuerdo a la norma, sólo que en vez de encerrarlos –como decía el médico italiano– debemos premiarlos o, por lo menos, consentirles sus daños. Poco vale aquí el papel de la víctima, aunque sea también marginada, la culpa se diluye en "la historia".

La duda sigue: ¿quién es el poderoso que decidirá quién es el marginado? La historia nos enseña quién es el poderoso de turno. Marat, citado –quizá con admiración– por Zaffaroni, era uno de los elegidos que decidía quién debía ir a poner la cabeza bajo la guillotina.

[25] Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, p. 262.
[26] Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, p. 283.
[27] Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, p. 287.

Los derechos fundamentales, la igualdad, la libertad, todo ello en manos de un grupo de elegidos que determinarán, en un momento de la historia, cuándo y cómo se sancionará a una persona.

Palabras tales como "ética" o "racionalidad" suenan huecas si no se las llena y define de una manera clara y precisa. Si así no se lo hace, sería mejor dejarlas a un lado.

§ 14. *Conclusión.* – Las afirmaciones sobre la nueva corriente criminológica, esto es la criminología crítica en sus diversas vertientes, aparece como una disciplina con un objeto nuevo que de criminología sólo tiene el nombre. Ya no cuestiona, ni se ocupa del delito y sus causas, sino que se dedica a la dogmática penal, del sistema político vigente y, en última instancia, de la política.

La criminología crítica sólo tiene el nombre, pero no es criminología, tal como se ha entendido hasta ahora, sino que bajo su ropaje aparece, en última instancia, una actitud política frente a la dogmática penal.

Adviértase la tremenda distancia que hay de esta criminología, entendida de esta forma, con la definición o con el acercamiento de definición que da García Pablo de Molinas: "La criminología es una ciencia empírica e interdisciplinaria que se ocupa del delito, del delincuente, de la víctima y el control social, del comportamiento delictivo, y que trata de suministrar una información válida asegurada sobre la génesis y dinámica del problema criminal y sus variables sobre los programas y estrategias de prevención eficaz del delito y sobre las técnicas de intervención positiva en el hombre delincuente"[28]. Esta definición, como

[28] García Pablo de Molinas, Antonio, *La aportación de la cri-*

bien lo dice el autor citado, permite caracterizar el método, empírico e interdisciplinario, el objeto de esta *ciencia –delito, delincuente, víctima y control social–*, y esbozar algunas de sus funciones –explicación, prevención del delito e intervención del delincuente–.

Ninguno de los sostenedores de esta tesis ha formulado o reformulado una teoría penal conforme a los principios que ellos sostienen. Es más, el término que campea en todos ellos es el de utopía, es decir, la imposibilidad, la incapacidad de dar o de reformular un sistema penal, acorde a las ideas sustentadas. Es que desde el punto de vista de los seguidores de esta tesis, es imposible dar una teoría criminológica, hacer dogmática, hacer un sistema penal; la tesis es destruir el sistema, puesto que no hay una solución dentro del actual al problema que se plantea, de ahí la esterilidad de la teoría. Porque no hay dudas, en este punto, que la única forma de cambiar una sociedad o cambiar un sistema social es desde la política, no desde la ciencia penal. La ciencia, ya sea ésta o cualquier otra, no busca cambiar estructuras sociales ni tampoco es función de los intelectuales cambiar la sociedad como tal. Y, bien hace referencia García Pablo de Molinas a la tesis XI de Marx sobre Feuerbach, en la cual decía: "Hasta ahora los filósofos han interpretado el mundo, se trata ahora de cambiarlo", pero, insisto, no es ésta la tarea del penalista, no puede hacerlo y, más aún, no debe hacerlo.

Sin embargo, se debe rescatar al derecho penal y con ello fundar la pena, diferenciándola de su fin y así volver a hacer dogmática penal, dejando a un lado la utopía, que deja los derechos del hombre en ma-

---

minología al estudio del problema criminal, en "Doctrina Penal", 1989-631.

9. Donna, *Teoría*, 1.

nos del voluntarismo, ya de los intelectuales, ya del Estado.

Para ello es necesario volver sobre el tema de cuál es el deber o la misión del derecho penal. Seguimos en este punto, en lo esencial, a Kaufmann[29].

En principio, el objeto del derecho penal es la protección de los bienes jurídicos fundamentales del ciudadano. Este concepto, que viene desde Binding hasta nuestros días, debe ser mantenido. El Tribunal Constitucional Alemán así lo ha precisado al decir: "El deber general del derecho penal es la protección de los elementales valores de la vida en sociedad"[30].

Parece necesario aquí hacer algunas precisiones. Para poder realizar este fin, es necesario poder atribuir el hecho a la persona. De ahí que se pueda decir que no habrá pena sin injusto culpable. Esto es una justa atribución. Se podrá decir con Kaufmann que el viejo principio "no hay pena sin culpabilidad", se debe cambiar por el de "no hay pena sin injusto culpable". Por ello es que, sin duda alguna, la pena es retributiva. Pero esta retribución no puede exceder de ninguna manera la culpabilidad del sujeto.

Desde esta perspectiva aparece, pues, justificada la intromisión del Estado en el individuo, en tanto y en cuanto la pena se basa en un hecho tipificado, realizado por un ser responsable o, como dice Zipf: "De lo que se trata es de imputar al autor el quebrantamiento del orden social en que pueda hacérselo responsable por ello". Para esto, "la persona debe ser considerada como destinataria útil de la norma, como tal que se deja motivar por la norma. El reproche jurídico pe-

[29] Kaufmann, Armin, *Die Aufgabe des Strafrechts*, en "Strafrechtdogmatik zwischen sein und wert", p. 263 y siguientes.

[30] BGB, vol. 45, p. 187 y siguientes.

nal significa que el ciudadano suficientemente motivable mediante la norma es expuesto a un reproche por un apartamiento consciente y evitable de las normas"[31]. Quien infringe el mandato o la prohibición debe ser castigado. De acá que la justa retribución sea el deber del derecho penal.

En este aspecto, se debe diferenciar de manera tajante el fundamento del fin de la pena. Así se expresa Gössel: "A todas las sanciones jurídico-penales corresponde el carácter de retributivas en la medida en que representan el hecho, una respuesta al delito y con ello se resuelve al mismo tiempo que una retribución así entendida que no puede ser ya más considerada como fin de las sanciones jurídico-penales, ya que con estas sanciones no puede ser alcanzado en el futuro algo distinto a lo que ellas ya son en esencia"[32].

Sólo es necesario decir que el derecho debe aceptar la libertad del hombre como un *a priori* lógico. El valor o desvalor del acto sólo se mide sobre la base de la libertad del hombre. Sin ésta no se puede afirmar que la conducta del hombre pueda ser reprochable o no. Y decía que éste es un *a priori* incondicionado, ya que la libertad es indemostrable, tanto en su afirmación como en su negociación. Si esto no es aceptado, como fundamento (no como fin de la pena), no hay otra alternativa que volver a "la peligrosidad" como factor determinante para la aplicación de la pena, que ya no será tal, sino medida. Ver, en este sentido, cómo la posición de la llamada criminología crítica, en la variante de los primeros autores nombrados, como en Zaffaroni, terminan apareciendo como lombro-

[31] Zipf, Heinz, *Introducción a la política criminal*, p. 53.

[32] Gössel, *Esencia y fundamentación*, en "Estudios jurídicos sobre la reforma penal", p. 79.

sianos o, como he dicho, en un positivismo social o, si se quiere, religioso.

Este volver otra vez a las teorías como la de Lombroso y otros, aparece sólo posible dentro de la utopía de estos autores, a mi juicio, influenciados por ideas ajenas al liberalismo penal.

La pregunta siguiente es: ¿y la dogmática penal para qué sirve? La respuesta más sencilla ya fue dada: para poder lograr que esa pena o esa sanción se imponga justa e igualitariamente.

Por eso aparece adecuado repetir con Maurach y Zipf: "En consecuencia, los criterios contenidos en postulados dogmáticos representan una solución casuística adecuada, en un marco de objetivos político-criminales preestablecidos y de la mayor ausencia de contradicciones intrasistemáticas posibles. Desde un punto de vista funcional, en el contexto general de la obtención de normas jurídicas, la dogmática debe garantizar una aplicación igualitaria y previsible, transparente, del derecho; la dogmática no es un fin en sí mismo, sino un medio para lograr una garantía del poder punitivo estatal, desde el punto de vista del Estado de derecho"[33].

En síntesis, es bueno que se busquen nuevas vías para lograr una mejor convivencia entre las personas, que se discutan cuáles son las mejores, pero que, en el ámbito de la ciencia, deba ser dentro de un cierto método y en una discusión que no pase de lo fáctico a lo *a priori* y viceversa, sin anunciar antes tal cambio de niveles, que no sólo sorprende al lector, sino que, además, lo confunde.

[33] Maurach - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, t. 1, § 2 y 3.

CAPÍTULO IV

LA TEORÍA NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD

§ 15. *COMIENZO DE LA TEORÍA NORMATIVA.* – La utilización de la expresión *culpabilidad normativa* trajo, en principio, más problemas que soluciones.

El adjetivo normativo, que se le agregó a culpabilidad, muestra una relación entre la conducta o una conducta del autor y una norma de deber. Graf zu Dohna[1] fue quien, tratando la teoría de la culpabilidad, empleó la expresión por primera vez. En sí, como bien se ha dicho, ya se está hablando de una relación normativa, de una valoración y, por tanto, una valoración sin una relación con una medida de valor no es posible, de lo cual se deduce que toda valoración necesariamente debe tener relación con un valor.

En este tema, Graf zu Donha utilizó los elementos normativos, los cuales demostraron, de esa forma, el momento de desaprobación de la conducta. La teoría de la culpabilidad actual se muestra sin duda alguna como normativa, sobre todo el contenido de su concepto, entendiéndose, también, que tampoco esto ha traído una gran claridad al tema.

[1] Graf zu Dohna, Alexander, *Zum neuestem Stande der Schuldlehre*, p. 323.

En parte, este "debe ser normativo" es la expresión normativa que da solamente una valoración general. Por otra parte, se muestra también con ello la utilización de la fórmula de la llamada exigibilidad como normativa en el campo de la culpabilidad.

Una utilización de la palabra culpabilidad exige, sin duda alguna, un punto de vista de valoración del derecho en la teoría de la culpabilidad. De ahí que el juicio de valoración se le debe hacer al autor del hecho en la medida que no ha aceptado al derecho como tal. Este pensamiento de la no aprobación, esto es, ir en contra de la norma, es la esencia de la culpabilidad. Interesa ahora, en el desarrollo de la teoría normativa de la culpabilidad, señalar que, en general, se utilizó el predicado normativo en la mayoría de las teorías de la culpabilidad, y esto muestra que el empleo empieza a sobresalir al final del siglo XIX y que, desde este punto de partida, hay que ir descubriendo el concepto.

Una teoría normativa de la culpabilidad ha sido desarrollada en oposición consciente a la teoría psicológica de la culpabilidad, cuyo comienzo se remonta a principios del siglo XX.

§ 16. ***LA TEORÍA PSICOLÓGICA HASTA EL COMIENZO DEL SIGLO XX.*** – La teoría psicológica de la culpabilidad sostiene que ésta tiene dos conceptos fundamentales, que comprende dos especies de culpabilidad que son *el dolo* y *la culpa*. Ellas se vieron como una relación psicológica del autor con el hecho o entre la voluntad del autor y el resultado.

a) Esta relación no puede ser considerada o no existe en la llamada culpa inconsciente, entonces falla la relación psicológica.

El resultado que se busca alcanzar con un concepto general de culpabilidad, que tenga en el dolo y en

la culpa sus especies, ha llevado a sostener que, desde este punto de vista, se puede desarrollar también un concepto normativo de culpabilidad. Sin embargo, con la tesis de que el dolo y la culpa son dos especies del género culpabilidad, no se podría estructurar un concepto de ésta, tal como se había intentado hacer; es más, ello no se puede ya que falta una valoración.

En la concepción del derecho romano, el dolo y la culpa eran vistos como formas posibles de la culpabilidad. El concepto de culpa tenía, entonces, un concepto general superior que lo conformaba.

b) Un significativo representante de la teoría psicológica de la culpabilidad es Binding[2]. Su teoría de la culpabilidad ha sido sumamente investigada y analizada en un trabajo de Kaufmann[3] que, obviamente, va a servir en este caso de guía o de apoyo, junto con la misma bibliografía, y también el trabajo de Binding, sobre la teoría de las normas.

Para Binding, el dolo y la culpa son una pura relación psicológica, o mejor dicho, el dolo y la culpa son la culpabilidad como tal. Por ello, este concepto, con esta expresión, es el que han tomado la jurisprudencia y la doctrina para referirse al dolo y a la culpa.

Otra concepción es para él imposible y aquí aparece Schmidt[4], con una distinta comprensión de la culpabilidad.

En Binding hay solamente culpables, pero no hay un injusto culpable o una acción antijurídica o antinormativa, debido a que el dolo y la culpa al ser es-

[2] Binding, Karl, *Die Normen und iher Ubertretung*, t. II, p. 335.

[3] Kaufmann, Armin, *Teoría de las normas*.

[4] Von Liszt, Franz - Schmidt, Eberhard, *Lehrbuch des Deustschen Strafrechts*, p. 253.

pecies de la culpabilidad, nada tienen que ver con el medio típico. Cuando Binding muestra al dolo y a la culpa como forma de culpabilidad, se atiene al contenido de ésta y, por tanto, la culpabilidad es incluida tanto en la imprudencia, como en el dolo, siendo idénticos a la culpabilidad: *a*) para el dolo, sólo exige Binding que el autor haya actuado con conciencia de la antijuridicidad del deber, con ello resulta que dolo y culpa, en el sentido de Binding, son escalones de la culpabilidad, y *b*) Binding acentúa el *significado puro* y jurídico de la palabra culpabilidad que no es sacado del campo de la ética o de las costumbres.

Culpabilidad es, entonces, el tomar en cuenta lo que hizo el autor. Binding[5] mostró que la culpabilidad, en sentido estricto, significaba: "La voluntad de la capacidad de acción como causa de una antijuridicidad; la culpabilidad en el recto sentido, significa, entonces, la desaprobación jurídica, porque el hecho era evitable según la voluntad del derecho y, de esa forma, cumplir el deber jurídico. En cambio, el autor al actuar ha lesionado el deber jurídico y con ello al derecho".

Esta formulación muestra que la acción capaz de culpabilidad, la acción desvaliosa, antijurídica, es capaz de ser receptora del deber jurídico como tal.

1) Entonces, la concepción de Binding de la capacidad de acción conlleva la capacidad de recibir o de ser receptora del deber, la capacidad de motivarse de acuerdo al deber.

2) Cuando el obligado puede evitar la acción antijurídica se encuentra el juicio de culpabilidad.

La desaprobación de Binding significa, o está significando, la moderna teoría de la culpabilidad.

[5] Binding, *Die Normen*, t. II, p. 267, y *Die Schuld im deutschen Strafrecht, Vorsatz, Irrtum, Fahrlässigkeit*, p. 9.

c) Con ello, en el uso del lenguaje, el dolo significa un hecho, la palabra dolo tiene un significado distinto que la palabra culpa o imprudencia, en donde ya aparece la desaprobación o un desvalor como tal.

En la culpa o imprudencia, el sujeto no actúa de la forma que se esperaba de él. Su conducta será relacionada con la ley y, por ello, su actuar será comparado con una conducta normal; o sea, la conducta del sujeto que actúa culposamente será relacionada con tal conducta normal y así valorada.

Schmidt[6] toma el concepto que, en el uso normal de la expresión dolo, puede ser usado sin hacer una valoración; también sostiene que el concepto de dolo penal no debe ser indiferente al uso normal. Esta utilización proviene del derecho romano. Es un concepto del dolo en el cual, según la ciencia, siempre es precisado como una especie de culpabilidad.

Entonces, Schmidt ve en el dolo la existencia de un elemento normativo de la culpabilidad. Acá la cuestión o la lucha sobre la cuestión terminológica va al fondo y analiza si el dolo y la culpa son especies de la culpabilidad y su contenido.

d) Radbruch[7] ha intentado, a pesar de la discrepancia entre dolo y culpa, encontrar un concepto general, un concepto global que abarque ambas especies. Por ello, ofrece dos posibilidades:

1) Utiliza entonces el dolo como un momento valorativo, por esto es que aparece un juicio sobre la antijuridicidad, como un juicio de valor, y éste será un juicio de valor, de manera que el dolo será el que contenga la antijuridicidad como tal: el denominado *dolus malus*.

[6] Von Liszt - Schmidt, *Lehrbuch*, p. 262.

[7] Radbruch, Gustav, *Uber den Schuldbegriff*, p. 24 y 333.

2) Analiza la imprudencia como un elemento valorativo, de manera que ha elegido un segundo camino, consistente en la normal atención del autor en los delitos culposos y la antijuridicidad de la conducta como tal y, por lo tanto, la imprudencia no es sólo una mala representación del resultado[8]. De aquí, entonces, sacará conclusiones que consisten en que la culpabilidad es un estado de ánimo que, para el actuante, tiene características especiales. Con esto, él define la culpabilidad "como un estado de ánimo en el cual una acción se aparece como la característica del actuante y muestra a la acción, basada en ese estado de ánimo". Con esta definición poco se ha ganado para la teoría de la culpabilidad, como lo reconocía el mismo Radbruch[9], ya que la culpabilidad no sólo tiene un componente psicológico, sino también uno valorativo y, por lo tanto, depende fundamentalmente de la exigibilidad. Sobre la falla del método o del intento de abarcar en las especies a la culpabilidad, se deduce que ella está compuesta por dos elementos: dolo y culpa, y esto es lo que luego merecerá críticas, porque aparecen como estamentos estancos, casi sin unión entre sí, por lo que se podría reducir el problema a lo siguiente: culpabilidad es el dolo; culpabilidad es la culpa.

3) Entre tanto se ha podido comprobar, desde esta perspectiva, que dolo y culpa son dos especies de culpabilidad, y que no se puede deducir de ello un concepto único. Si se quiere alcanzar el concepto global de culpabilidad se debe dejar, en principio, este concepto o esta idea de dolo y culpa fuera del marco de lo que es la culpabilidad. La tentativa de Radbruch de ver la imprudencia como un elemento constitutivo de la no previsión del resultado, que se podría ha-

[8] Radbruch, *Uber den Schuldbegriff*, p. 24 y 348.

[9] Radbruch, Gustav, *Fest. für Frank*, 3ª ed., t. I, p. 158.

ber previsto, no ha sido feliz en este sentido. Cuando se quiera comprender tanto el dolo como la imprudencia como especies del género culpabilidad, se deben analizar previamente ambas especies como elementos constitutivos generales de la culpabilidad: tanto en el dolo como en la culpa consciente, se puede advertir una relación psíquica entre el autor y el hecho, que no se comprueba en la culpa inconsciente. En ésta sólo hay una negación, en la cual el defecto estriba en la falta de aquella relación psíquica. De ahí la búsqueda en la culpa inconsciente de esta relación psíquica.

Ya von Feuerbach, en su momento, debió volver sobre el fundamento de su teoría de la coacción psicológica, en los casos de imprudencia y en la violación consciente de la ley penal[10].

La culpa o la imprudencia para von Feuerbach son una lesión completa de la *obligatio indulgentia*[11]. Por ejemplo, la prueba de una contravención dolosa en los delitos culposos, causaría graves perjuicios para su esquema. La obligación de omisión de toda acción, de la cual puede surgir una violación al derecho, como supone el autor, no puede ser exigida al hombre. En todo caso, el riesgo permitido sería con ello un juicio a la inacción, de la cual puede surgir el resultado.

No es posible hallar una concreta relación psíquica en los delitos con culpa inconsciente, de ahí que la negación de este elemento general, que no llegó a formar un elemento del género, por lo que intentar ubicarla en otra especie que no sea el dolo ni la culpa, en la cual esta relación psíquica aparecía como esencial.

Si se quiere ver al dolo y a la culpa como elementos constitutivos de la culpabilidad, se debe usar para

[10] Feuerbach, Paul J. von, *Revision der Grundsätze und Grundberiffe des positiven peinlichen Rechts*, p. 47.

[11] Feuerbach, *Lehrbuch*, § 84.

ello un concepto distinto al caso de la culpa inconsciente. Entonces éste es un concepto no idéntico para ambos y la alternativa de dolo y culpa o negligencia, como elementos de la culpabilidad, aparecen ya no como formas de la culpabilidad, sino como formas incompletas de ella.

e) Merkel se sale del dogma que sería decisivo para la comprobación del dolo y de la culpa sobre la culpabilidad. Dolo e imprudencia o culpa son para él dos formas "en las cuales una persona es culpable cuando hay capacidad de culpabilidad. Culpabilidad es un juicio de desvalor sobre una persona, sobre su actitud que se revela en la manera actuó"[12]. La conciencia de la antijuridicidad no tiene un lugar en el dolo, con lo cual la relación sobre la antijuridicidad no está en la psiquis del autor[13]. Hay una conducta sin conciencia de la culpabilidad, entendiendo ésta como capacidad de culpabilidad. De ahí que el dolo y la imprudencia deban ser rechazadas como especies de la culpabilidad. Para Merkel aparece un nuevo ordenamiento de la teoría de la culpabilidad. Dolo y culpa son, para él, sólo la posibilidad por la cual la acción puede ser realizada con capacidad de culpabilidad. Cuando él considera al dolo como una relación ético-normativa, se apoya sobre la utilización del lenguaje de la vida diaria. La coloración normativa o ética en la palabra culpabilidad representa responsabilidad.

Cuando se ha reconocido la imposibilidad de que dolo y culpa, sean especies de la culpabilidad y, por tanto, sean vistas bajo un concepto general de culpabilidad, queda la cuestión de cuál es el significado que puede tener esta última.

[12] Merkel, Paul, *Grundi'ß des Strafrechts*, t. 1, p. 92.

[13] Merkel, *Grundi'ß des Strafrechts*, t. 1, p. 43.

Si sólo el acto doloso o culposo de un tipo penal puede existir en el juicio de culpabilidad, es decisivo que dolo y culpa sean fundamentos o requisitos previos de la culpabilidad. Con ello se quiere demostrar, que el dolo y la culpa son como especies de la culpabilidad y, por tanto, deben considerarse el elemento normativo ya en el dolo[14]. Una especial concepción del dolo rechaza que se pueda ver en el objeto del dolo la esencia de voluntad de realizar el tipo penal y se pueda unir esto con la valoración previa y el elemento normativo en que se asienta. Sin embargo, en la conducta con la incapacidad de culpabilidad del enfermo mental, se mantiene, como tal, el estado de dolo natural.

f) Por su parte, Schütze, Hälschner y Lucas acentúan la culpabilidad en el pensamiento de la causalidad o del nexo causal. Será la culpabilidad una pura causa o como un puro concepto causal utilizado, no como un deber y sólo se atenderá a una cuestión de causalidad.

Schütze[15] utiliza para el concepto que hoy se trata como culpabilidad, el de atribución o de imputación, y entiende según ello la dirección o acción penal causada por la voluntad del hombre. La atribución o la *imputatio* es el deber del juez penal de reconocer que el autor es culpable y, por ende, punible. La atribución es a la conducta; y ésta se asienta sobre la dirección de la voluntad del autor. Autor que debe ser culpable del hecho. Schütze[16] utiliza la palabra culpabilidad sólo en forma ocasional, según su comprobación de que el autor es culpable por algo y se pre-

[14] Merkel, Paul, *Schuld, Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum*, p. 1678.

[15] Schütze, Theodor R., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, p. 84.

[16] Schütze, *Lehrbuch*, p. 90 y 116.

gunta por la cuestión, según la especie de culpabilidad, si es dolo o es imprudencia.

1) Hälschner nombra a la atribución, la *imputatio*, al juicio que, en general, fije la relación de causalidad entre el resultado y la acción humana, entendiendo a la culpabilidad como una causa[17]. Justamente, considera a la atribución como un juicio que se basa sobre una valoración ética, que tal atribución es total y, además, que exige para ésta una acción culpable éticamente y utiliza, entonces, para ello los motivos, un influjo sobre la medida de la culpabilidad. Con ello asienta la culpabilidad en relación a la motivación. Aquí será el juicio de atribución el que traerá consigo el momento de valoración.

2) Opina Berner[18] que la culpabilidad, como tal, es cuando el autor actúa contra el estado moral, dirigido por él. Es en este estado moral, contra el cual actúa la acción del sujeto.

3) Lucas[19] considera en la culpabilidad subjetiva la causa del hecho, o sea la voluntad culpable.

g) Se puede decir que ha sido Merkel[20] quien ha dado una definición de culpabilidad, que se distingue de las formuladas por los demás autores. Define la culpabilidad de la siguiente forma: "Culpabilidad es el efecto antijurídico. Este efecto se imputa a la persona en la medida de los vigentes juicios de valor. Ésta es la culpabilidad jurídica por la cual la exigencia del orden es querido y en la cual la medida del valor es puesta según la naturaleza jurídica. Y es culpable

[17] Hälschner, Hugo, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, p. 198 y 199.

[18] Berner, Albert F., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, p. 75.

[19] Lucas, Hermann, *Die subjektive Verschuldung im heutingen deutschen Strafrechte*, p. 2.

[20] Merkel, *Lehrbuch*, p. 71.

quien, en la medida de esos juicios de valor vigentes, se le imputa causalmente una conducta".

Con esta acentuación del carácter valorativo de la culpabilidad, se pone en contraposición a la concepción de la culpabilidad que existía en su tiempo, por ejemplo para Löffler[21], quien definía a la culpabilidad como un concepto de relación de la acción de un hombre con un resultado socialmente dañoso.

h) Mayer[22] acentúa, junto a Merkel, la conducta culpable como una actitud antijurídica de la voluntad. De ella surge un resultado antijurídico, por violación del deber, según los juicios de valor vigentes.

i) El pensamiento de que la culpabilidad es un juicio de valor en sí y que está conceptualizado lo establece también Bierling[23], quien sostiene, como elemento de la culpabilidad, al juicio de valor, puesto que es constitutivo de aquélla. Sin embargo, diferencia dos significados de la palabra culpabilidad: *1*) es la conducta a la cual se le atribuye un injusto, y *2*) es lo desvalioso jurídicamente de la acción, en la cual el actuante ha de ser responsable[24].

j) Graf zu Dohna[25] dice algo parecido a lo que se afirmaba en su tiempo, sobre el peligro de un concepto total de culpabilidad según las formas ya representadas, es decir, como dolo y culpa. Analiza el peligro de un concepto que comprenda tanto el dolo como la culpa, cuando vislumbra que en la concepción psicológica de la culpabilidad hay una relación psíquica

[21] Löffler, Alexander, *Die Entwicklung des geltenden Rechts*, Abteilung 1, Deutschland und Österreich, p. 5.

[22] Mayer, Hellmuth, *Die Schuldhafte Handlung*, p. 106.

[23] Bierling, Ernst R., *Juristische Principienlhere*, p. 238.

[24] Bierling, *Juristische Principienlhere*, p. 242.

[25] Graf zu Dohna, Alexander, *Elemente des Schuldbegriffes*, p. 3.

entre el autor y el resultado penalmente reprochable. Entonces puede hallarse un elemento valorativo en el resultado antijurídico. La relación psíquica se debe limitar a la antijuridicidad. El dolo debe alcanzar a la antijuridicidad. Esta esencia ha sido mal tomada o mal entendida. Él entiende que, bajo la teoría normativa de la culpabilidad, el dolo debe comprender la conciencia de la antijuridicidad. El autor opinaba que no se debía sacar el juicio de culpabilidad, porque el momento de desaprobación sería propio de tal culpabilidad. De ahí, precisó que la culpabilidad era o debía ser considerada como una actuación de la voluntad antijurídica en contra del deber, porque los motivos de la voluntad son o han sido desaprobados[26].

El elemento de la contrariedad al deber de la conducta sería entonces, en general, una forma de la culpabilidad como el dolo y la culpa. Es esto, justamente, para Graf zu Dohna una pura cuestión terminológica[27]. En este sentido se pregunta si se puede –bajo los conceptos de dolo y culpa– buscar una forma unitaria de la culpabilidad, o si una relación de culpabilidad psicológica se puede entender en este sentido. Contrario al deber es la acción, cuando ella, según un particular juicio del autor, no puede ser generalizada[28]; por ejemplo, si el ladrón dispara contra la policía cuando ésta lo llama. El juicio de culpabilidad mismo está, según Graf zu Dohna, en un factor ético o psicológico que engloba a ambos, y aquí se muestra que el autor es responsable y debe ser precisamente motivado[29]. Graf zu Dohna exige un elemento en la

[26] Graf zu Dohna, *Elemente*, p. 8 y 10.
[27] Graf zu Dohna, *Elemente*, p. 12.
[28] Graf zu Dohna, *Elemente*, p. 14.
[29] Graf zu Dohna, *Elemente*, p. 12 y 18.

culpabilidad que es la conciencia del injusto, o sea, tener la conciencia del injusto en la acción.

Aparece en el campo del derecho penal la proposición de la teoría moral que consiste en sostener que no es responsable quien lesiona al deber de cuidado, cuando él no es consciente de esto. De ello se deduce que una culpabilidad jurídica se asemeja a una culpabilidad ética y cree en verdad que esta proposición pueda ser tomada como tal[30]. Esto significa para Graf zu Dohna una vuelta sobre la capacidad de resultado en un tiempo anterior y un deber o un precio que debe pagar el principio de culpabilidad, cuando la conciencia de la antijuridicidad o de la contrariedad al deber no es tomada como requisito para la culpabilidad[31]. No tener en cuenta esto es un regreso a tiempos pasados, tiempos pretéritos, como reconoce Graf zu Dohna. También una antijuridicidad inconsciente no se contiene en el campo de la imprudencia; aquí él la considera siempre un ataque contra un deber general de cuidado[32].

§ 17. *EL ELEMENTO DE LA TEORÍA DE LA CULPABILIDAD DESDE FRANK HASTA FREUDENTHAL.* – Continuar con esta investigación no es posible si no se avanza en la concepción normativa de la culpabilidad. Se puede decir que con Frank[33] comienza o que es el punto de partida de la teoría normativa de la culpabilidad, aunque evitara emplear el término "normativa".

a) Bajo esta palabra están basadas las teorías de la culpabilidad de los últimos años del siglo. Hasta

[30] Graf zu Dohna, *Elemente*, p. 18.

[31] Graf zu Dohna, *Elemente*, p. 18.

[32] Graf zu Dohna, *Elemente*, p. 19.

[33] Frank, Reinhard, *Über den Aufbau des Schuldbegriffes*, p. 519.

entonces, se había visto en la culpabilidad solamente un concepto que sólo contenía una relación psíquica. A raíz de esto, la teoría de su tiempo ponía bajo el concepto de culpabilidad, tal como lo sostuvo el Tribunal Supremo alemán, al dolo e imprudencia como elementos de ella. Frank[34] ve en la culpabilidad las circunstancias del hecho. En consecuencia, se debe tomar en cuenta en la culpabilidad estas circunstancias. El legislador alemán, en los § 213 y 267 del Cód. Penal, había reconocido expresamente que al autor del hecho se le debían tener en cuenta las circunstancias para la consideración de la culpabilidad. El concepto de culpabilidad, también, debe comprender estas circunstancias que rodearon el hecho.

Entonces, la culpabilidad no sólo era una relación psíquica del autor que actuaba con dolo (y con ello según una general y normal inteligencia). Esto se comprobaba en el actor que actuaba en estado de necesidad, puesto que actuaba con dolo, de modo que éste no desaparecía. Por esto, la problemática de la culpabilidad no podía ser una mera relación psíquica. Como un nuevo concepto, el elemento de la culpabilidad que incorpora Frank es la *reprochabilidad*, cuyos requisitos son: la normal actitud espiritual del autor, la concreta relación psíquica del autor y su acto, y las normales condiciones en las cuales –según las circunstancias– se da el hecho. Frank toma estas especiales circunstancias también de la jurisprudencia del Reich. Respecto de la culpabilidad ya habían sido aplicadas a particulares decisiones, una de las cuales es el famoso fallo "Leinenfängerfall", donde el tribunal examinó el caso del conductor de un carro, que tenía un caballo al cual sabía que no podía dominar y que por ello causó lesiones en el brazo a un transeúnte.

[34] Frank, *Über den Aufbau des Schuldbegriffes*, p. 4.

El conductor estaba seguro de que el comportamiento del caballo causaría un accidente, por lo cual era previsible el resultado. Sin embargo, es difícil asegurar el reproche de culpabilidad. Y ello era así porque el patrón lo había colocado en la disyuntiva de manejar el carro en esas condiciones o perder el trabajo. Se debe esto a que la acción previa, o sea la "suposición de la acción en el presente caso", no ha llenado la medida de la observancia sobre la generalidad en sí decisiva, por lo cual se debe exigir la acción responsable. Sobre la imprudencia se asegura que, en este caso, el tribunal debe medir las concretas circunstancias y considerar también la situación de subordinación del cochero con respecto al dueño del coche, a quien sí se le podía reprochar el daño causado por el caballo.

Sin embargo, el tribunal razonó que se podía responsabilizar al conductor del deber en el campo del tránsito, pese a la presión de perder el lugar de trabajo y, como tal, el viaje no debió hacerlo, puesto que existía la posibilidad o el riesgo de herir corporalmente a terceros.

De este caso base, Frank[35] descubre que las circunstancias concretas, en cada caso, para el delito culposo y con ello, en especial, para la culpabilidad en general son de significancia; Frank sostiene que las normales circunstancias rigen o deben ser tenidas en cuenta para la culpabilidad. Éstas aparecen en el estado de necesidad de modo que las normales condiciones de esas circunstancias, están también en la culpabilidad. El autor no podía haber hecho otra cosa en esa situación, y no se le puede hacer, bajo tales circunstancias, ningún reproche. El reproche sólo es po-

[35] Frank, *Über den Aufbau des Schuldbegriffes*, p. 14.

sible, cuando el hecho le es desaprobado al autor, y esto será sobre la base de una valoración.

Contra Frank o contra los elementos de su teoría de la culpabilidad –es decir, las circunstancias del hecho– Kriegsmann[36] ha objetado con razón que se puede levantar un reproche de culpabilidad cuando el autor conoció o debió conocer esas normales circunstancias del hecho.

Los reflejos subjetivos de estas circunstancias pueden ser de significación para la culpabilidad si su objetiva representación está en el autor[37]. La literatura ha seguido o mantenido este pensamiento de Kriegsmann. Frank ha reconocido y luego precisado y complementado este elemento de la culpabilidad. En sus posteriores ediciones[38] ha analizado este elemento en la normal motivación, porque el legislador aclara que descarta la culpabilidad sólo cuando hay motivaciones anormales. De ahí, dice él, que directamente la normal motivación pertenece entonces a la culpabilidad[39]. Mas en las posteriores ediciones, Frank da como elemento de la culpabilidad solamente las motivaciones normales. La motivación precisamente aparece como la medida de la culpabilidad, que sería justamente en parte no comprobada. Hay un momento ético, ello tiene significación en la motivación de las circunstancias que rodean el hecho, y serían de suma importancia para las consideraciones sobre la medida de la pena. Sin embargo, Frank modificó ulteriormente su concepción de la culpabilidad. En posteriores ediciones de sus obras dice que "la culpabilidad no está, en la pre-

[36] Kriegsmann, Hermann, *Literaturbericht, Strafrecht*, p. 714.

[37] Frank, Reinhard, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, p. 109.

[38] Frank, *Das Strafgesetzbuch*, p. 110.

[39] Frank, *Das Strafgesetzbuch*, p. 106.

via objetividad, por supuesto, tampoco en la psiquis del autor, cuando solamente es un juicio que, a la conducta antijurídica, por hechos dados en la realidad le sería reprochable"[40]. Estos hechos serían el dolo o la culpa, así como también la libertad o la dirección de los hechos, de aquí que solamente a su conducta se le pueda hacer un reproche cuando él podía haber actuado de otra forma.

El concepto de dirección del hecho que da Frank fue tomado de von Hegler[41], quien en la culpabilidad afirmaba la total dirección del hecho y de ahí la falta, si había una falla en la psiquis, en el estado del autor de una motivación, de una coacción, que lo motivara previamente. En la última edición de la obra que citamos (1931), Frank defiende la posición de la no normatividad de las circunstancias[42]. Él considera solamente la no libertad como defecto de la dirección del autor para dirigir el acto. La exigencia de libertad será entonces lo más importante para la teoría. Cuando existe un defecto en el sujeto, un defecto de la libertad, entonces habrá una exclusión de la culpabilidad y será fundamento de disculpa.

La teoría de la culpabilidad, después de la obra de Frank, tomará sin duda un punto de vista normativo, de ahí que la mayoría de los autores, siguiendo a Frank, parten de un concepto de culpabilidad que será normativo.

b) En Finger[43] se encuentra un concepto de culpabilidad que se asienta sobre lo que se podría llamar un déficit legal, un regreso sobre el autor de quien se

[40] Frank, *Das Strafgesetzbuch*, p. 132.

[41] Von Hegler, August, *Die Merkmale des Verbrechens*, p. 189.

[42] Frank, *Das Strafgesetzbuch*, p. 136 y 139.

[43] Finger, August, *Bemerkugen zum Schuldbegriffe*, p. 258.

esperaba algo de acuerdo a derecho. También aquí hay un juicio de valor, que tiene que ver con la diferencia que existe entre la representación y, si se quiere, sobre lo que es la representación del hecho y cómo sucedieron los hechos en la realidad. La culpabilidad es por ello un concepto normativo[44], un juicio de desaprobación debido a que una acción no se ha correspondido con el deber o, dicho en los mismos términos de Finger, culpabilidad es un querer contrario al deber[45]. Querer de un ser contra el deber ser[46].

c) Los cambios en la concepción de la culpabilidad del comienzo del siglo aparecen en relación a los escritos de Beling. Sin perjuicio de entender que Beling[47] mantenga para la teoría de la culpabilidad, la relación psíquica del hecho, en la virtual formación de la voluntad del autor dirigida al resultado. Se puede decir que es fiel a la antigua teoría de la culpabilidad que la concebía como una relación psíquica entre el autor y el hecho.

Por supuesto, la culpabilidad es un defecto en la formación del contenido de la voluntad; el reproche se debe hacer al contenido de la voluntad, esto es, la falla del contenido concreto de la voluntad[48]. El concepto de culpabilidad es una relación psíquica del autor con el resultado. Por ello que considera a la culpabilidad como un elemento del delito[49].

Beling se refiere al supuesto de la culpabilidad como un defecto, un reproche a la falla psíquica de la

[44] Finger, August, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, p. 228.
[45] Finger, *Lehrbuch*, p. 486.
[46] Finger, August, *Strafrecht*, p. 327.
[47] Beling, Ernst, *Die Lehre vom Verbrechen*, p. 10.
[48] Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, p. 46.
[49] Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, p. 80.

acción[50]. La culpabilidad como reproche a la acción sería un reproche que se le hace cuando lo interno de ella no ha sido tomado, como podía esperarse, desde el punto de vista del orden jurídico[51].

Por ello, el orden jurídico vería al delincuente como alguien de quien se esperaba algo y ha desilusionado dichas expectativas. El autor pudo haberse representado el atentado al orden jurídico, y, por ese motivo, el orden jurídico, que esperaba otra cosa de él, le hace ese reproche[52].

Culpabilidad significa entonces un juicio de valor sobre la parte interna de la acción. Al autor será reprochable en su interna representación de la antijuridicidad de su conducta[53].

Sin duda, se halla aquí la idea en Beling de una teoría normativa de la culpabilidad que, justamente, ha mostrado para la construcción del delito sus posteriores consecuencias.

d) Para Mittermaier[54], la culpabilidad tiene la significación que un "deber de responder", porque entiende a la culpabilidad como una violación del deber jurídico, evitable en el hecho concreto. De ahí que el autor podría haber actuado de alguna otra forma si se hubiera podido motivar normalmente[55].

No sería la culpabilidad fundada ya en el querer, sino en la formación de la voluntad, en la motivación.

[50] Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, p. 80.

[51] Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, p. 178.

[52] Beling, Ernst, *Unschuld, Schuld und Schuldstufen im Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch*, p. 6.

[53] Beling, *Unschuld, Schuld und Schuldstufen*, p. 12.

[54] Mittermaier, Wolfgang, *Kritische Beiträge zur Lehre vom der Strafrechtsschuld*, p. 6.

[55] Mittermaier, *Kritische Beiträge*, p. 27.

La culpabilidad jurídica es, según la idea de Mittermaier, una valoración o un injusto valorado, una relación normativa subjetiva de la psiquis del actuante y sus resultados[56].

e) Rümelin[57] defiende, en cambio, un concepto complejo de la culpabilidad; él descubre en ella un punto de vista normativo que es, por una parte, la desaprobación, de una representación psicológica del resultado; por otra, un rechazo o un ataque contra el deber ético. La medida de la desaprobación la considera Rümelin en la valoración del motivo. Por esto, la culpabilidad es, entonces, "una especie de relación de una reprochable y desaprobada voluntad de actuar, en un acto antijurídico"[58].

f) Kohlrausch[59] muestra que en la culpabilidad hay una relación subjetiva entre el autor y su acto. El autor se hace responsable penalmente, porque la esencia de la culpabilidad será, según esta concepción[60], una comparación entre el acto concreto y lo que el orden jurídico exigía para esa conducta.

Análogamente formuló Schmitt[61] su teoría, por la cual el juicio de culpabilidad será comparando el fin del autor con el orden jurídico. Define, pues, a la culpabilidad como el fin del derecho que no ha sido realizado por quien era considerado un hombre capaz, con la posibilidad de comprender la antijuridicidad.

[56] Mittermaier, *Kritische Beiträge*, p. 32.

[57] Rümelin, Max, *Das Verschulden in Straf und Zivilrecht*, p. 10.

[58] Rümelin, *Das Verschulden*, p. 33.

[59] Kohlrausch, Eduard, *Irrtum und Schuldhegriff im Strafrecht*, p. 1.

[60] Kohlrausch, Eduard, *Die Reform des Reichstrafgesetzbuchs*, p. 184.

[61] Schmitt, Carl, *Über Schuld und Schuldarten*; p. 69.

g) Para Exner, la culpabilidad tenía dos significados. En principio, en la primera de ellas, Exner tomó a la culpabilidad como una precisa y concreta relación entre el autor y el hecho. Desde otro punto de vista, culpabilidad en concreto sería la disconformidad jurídica con la acción del autor, a quien se le hace un reproche porque él es capaz de recibir la pena.

La culpabilidad, en esta segunda significación, se muestra como "un juicio de valor sobre la personalidad que será injusta, no ajustada a derecho, antisocial"[62]. Este concepto de culpabilidad contiene un elemento normativo, el cual, por último, será considerado, al mismo tiempo, como una especie del elemento psicológico.

Además Exner quiere que ambos elementos, en un concepto de culpabilidad, queden unidos y, por lo tanto, considera a la culpabilidad como una relación del autor y su acción con el resultado, lo cual hace al autor capaz de culpabilidad[63].

En el campo de los delitos culposos, surge la culpabilidad cuando el resultado era evitable para el autor, con una llamada de atención sobre su capacidad personal y según las circunstancias del caso. De ahí que se le pueda, jurídicamente, atribuir el hecho. Exner vio el elemento de toda culpabilidad en el desinterés del autor[64]. Toda culpabilidad se basa sobre un defecto en los intereses que le pertenecen para la mantención de la protección del derecho y, especialmente, de los bienes jurídicos[65]. De ahí que en la valoración de la violación de los deberes, no se pueda hablar, en el caso

[62] Exner, Franz, *Das wessen der Farlässigkeit*, p. 1.
[63] Exner, *Das wessen der Farlässigkeit*, p. 2.
[64] Exner, *Das wessen der Farlässigkeit*, p. 193.
[65] Exner, *Das wessen der Farlässigkeit*, p. 197.

concreto, en el cual el autor no era consciente de la lesión al bien jurídico. Por ejemplo, la madre que mata al hijo durante el sueño, no se ha representado el movimiento corporal mientras dormía.

Exner reprocha al autor justamente la falla de esta relación psíquica, en virtud de la cual la acción, como tal, le puede ser exigida. La teoría de Exner no ha tenido un resultado concreto, puesto que no hay ningún deber jurídico del autor que esté ligado al resultado.

h) Ferneck[66] ve un peligro en considerar a la culpabilidad como una relación subjetiva entre el autor y el resultado. El legislador pone la amenaza de pena sobre el hombre medio y asegura con esto el orden jurídico, de allí que el fundamento de la pena o la amenaza de pena, no se base en el hombre concreto. Entonces, como ya había sido estudiado por Mayer[67], el derecho debe formular a los hombres como seres políticos un tratamiento especial, y sólo después autoriza su tratamiento como individuo. Con la amenaza de pena, Ferneck sostiene que la culpabilidad jurídicamente tiene sentido en derecho[68].

En una teoría individualista de la culpabilidad, Ferneck presagia un peligro para el derecho. Se debe rechazar, entonces, una proposición de tal tipo, en la cual el legislador tenga en consideración los intereses particulares del individuo[69].

Por lo tanto, la precisión de la ley penal, con la amenaza de un mal, debe ser un contramotivo para

[66] Hold von Ferneck, Alexander F., *Die Idee der Schuld eine strafrechtliche Studie*, p. 40.

[67] Mayer, *Die Schuldhafte Handlung*, p. 493.

[68] Hold von Ferneck, *Die Idee der Schuld*, p. 44.

[69] Hold von Ferneck, *Die Idee der Schuld*, p. 44.

delinquir y de ahí poder negar como tal al hecho penal. Ferneck opina que la representación de una particular teoría de la forma de la culpabilidad debe tener en cuenta estos puntos. Solamente debe exigir una general representatividad. De ello, el rechazo de la posibilidad de una culpa individual sin conocimiento de la norma. El derecho no puede tomar de la medida individual de la moral como concepto formal; sería la culpabilidad entendida solamente en el sentido de la ley[70].

i) En los años siguientes, Goldschmidt, Graf zu Dohna y Mayer colocaron el concepto de contrariedad al deber en el centro de la construcción de una teoría normativa de la culpabilidad o, si se quiere, en el punto medio de cualquier investigación que se quiera hacer sobre el tema.

l) Fue Goldschmidt quien partió de la cuestión de si el concepto de culpabilidad es externo a los componentes psicológicos y si no se manifestaban en él elementos normativos. Entiende bajo el concepto de teoría normativa de la culpabilidad, un concepto general de culpabilidad, en el cual lo normativo es solamente una parte. El elemento normativo es la contrariedad al deber[71]. Esto ya había sido analizado con precisión por Merkel y Mayer. Sin embargo, Goldschmidt considera el problema de la conciencia de la antijuridicidad sobre la base de la norma de deber. El problema, en la teoría que se examina, es ver si existe esta norma de deber independiente y autónoma, o si en cambio ésta se refiere a la norma de cultura que determinaría la parte material de la antijuridicidad.

Para Goldschmidt, la norma de deber o norma de motivación era autónoma o independiente de la nor-

[70] Hold von Ferneck, *Die Idee der Schuld*, p. 44.

[71] Goldschmidt, James, *Der Notstand ein Schuldproblem*, p. 11.

ma de acción. Es sabido que esta construcción estaba basada en Kant, en cuanto al *a priori* jurídico.

Junto a la norma jurídica hay otra que es la norma de deber. Pues bien, la norma jurídica regula la conducta exterior; en cambio, la del deber atañe al comportamiento externo. De allí que la norma de deber obligue al individuo a motivar su conducta, conforme a la representación que el autor tenga en cuanto a que su acto pueda resultar prohibido por la norma jurídica.

Para ello afirma que la libertad es un *a priori* (de la voluntad), de modo que ella es independiente de la experiencia. De estas conclusiones, nuestro autor deduce que el sujeto se deja determinar categóricamente por el motivo del deber. Desde su punto de vista, los imperativos morales o jurídicos tienden a transformarse en motivos de acción, y el deber es el resultado de ese proceso causal. Sin embargo, este imperativo no procede de normas extrañas, sino de la convicción personal.

Como la norma de deber es exigible, esta idea es la esencia de la teoría normativa. De allí que las normas de deber dan el límite extremo de las exigencias puestas a la motivación, o sea a la exigibilidad. La reprochabilidad aparece como el no dejarse motivar por la representación del deber. Culpabilidad, como modalidad de un hecho antijurídico, es la atribución de tal hecho a una motivación reprochable. Por consiguiente, la exigibilidad presupone siempre un deber[72].

Toda la teoría de Goldschmidt se basa en la contraposición de dos normas: una, la norma de derecho que se refiere al injusto, y la otra, la norma de deber, relacionada a la culpabilidad. Esta norma im-

[72] Goldschmidt, *Der Notstand ein Schuldproblem*, p. 13.

pone al individuo el deber de conformar su conducta interna de la manera necesaria para corresponder a las exigencias que establece el ordenamiento jurídico respecto de la conducta exterior. Con lo cual, Goldschmidt da valor de excusa, con carácter general, a la motivación anormal, al estado de necesidad y al exceso excusable en la defensa privada.

En base a lo expuesto, se puede advertir que la valoración queda al lado del dolo, o por lo menos, no está incluida en el dolo. Al dolo de matar, no pertenece la representación de que ningún ataque antijurídico actual ha amenazado al autor, sino que el dolo de matar sólo se excluye por la representación errónea de un ataque antijurídico actual[73].

De lo expuesto aparece que si bien la "motivación normal" no es único presupuesto de la exigibilidad y de la reprochabilidad, sí aparece como el único presupuesto de la no exigibilidad.

Como síntesis de la teoría de Goldschmidt, se puede decir que la doctrina normativa de la culpabilidad, significa que ésta no es una mera relación psíquica del autor con la acción antijurídica, sino una valoración del supuesto de hecho psíquico.

El elemento normativo en la culpa sería un deber especial para motivarse, en virtud de la representación del resultado, juntamente con la existencia de un elemento general normativo de la culpabilidad, que era la actitud de la voluntad en contra del deber[74].

De esta tesis se puede desprender que la imprudencia sería una relación psicológica, como el dolo. Sin embargo, Goldschmidt rechaza la dificultad en la culpa inconsciente. Aquí duda él con la comparación.

[73] Goldschmidt, *Der Notstand ein Schuldproblem*, p. 19.

[74] Goldschmidt, *Der Notstand ein Schuldproblem*, p. 29.

Una inmediata relación psicológica con o hacia el resultado sería aquí demostrable y, por lo tanto, una particular relación de causalidad hacia el resultado también en los delitos de omisión impropia.

Justamente, esto debe ser visto en la culpa inconsciente. La no representación de la actitud contra el deber de resultado, como una relación cuasi psicológica con el resultado. La comprobación de que la relación de causalidad en los hechos, en los delitos de omisión, no está, no deja ninguna conclusión sobre el hecho de una cuasi relación psicológica. Una especial construcción es también superflua, cuando se puede ver el carácter de la culpabilidad, la cual es contraria al deber.

Según Goldschmidt[75], se reprocha entonces al autor con culpa inconsciente que él, por medio de la representación del resultado hacia la unión con la producción de éste, no ha podido motivarse. Esto era para el autor un mero imposible y esto es lo que falla justamente en la culpa inconsciente: la representación del resultado. La culpabilidad de la culpa inconsciente debe basarse sin duda en dos elementos normativos de la culpabilidad[76]: primero, una violación a un deber de cuidado por parte del autor y, segundo, la transgresión a un deber para motivarse como medio de la representación del resultado. Esto no es visto como una violación de dos deberes, sino que puede ser fundado sólo en el reproche de culpabilidad.

El concepto de culpabilidad normativo de Goldschmidt, en el *Fest. für Frank*[77], es nuevamente sacado

[75] Goldschmidt, *Der Notstand ein Schuldproblem*, p. 26.

[76] Goldschmidt, *Der Notstand ein Schuldproblem*, p. 32.

[77] Goldschmidt, James, *Normativer Schuldbegriff*, en "Fest. für Frank", p. 442.

a luz y desarrollado como una violación del deber o el reproche a la acción del autor. El autor por medio de la culpabilidad (no por la representación del deber) no se ha dejado motivar. La culpabilidad es entonces la intención o la comprensión de un hecho antijurídico que es reconocido en virtud de una dificultad en la valoración. No es el hecho antijurídico mismo, sino es la dirección de la motivación lo que sería reprochable.

2) Graf zu Dohna[78] ha tomado o acentuado el deber dentro del concepto de culpabilidad. Se debe clarificar este tópico. Toma la culpabilidad como una suma de requisitos subjetivos[79]. Considera el punto decisivo en la capacidad de pena y mantiene la existencia de un reproche ético. No es el hacer responsable a través de la ley lo que es esencial para el concepto de culpabilidad. Este autor acentúa, como Goldschmidt y otros, la actitud contraria al deber, como la forma general, decisiva de la culpabilidad. La culpabilidad será la determinación de la voluntad contraria al deber. Sin embargo, no debe verse aquí una aceptación de que ésta sea la conciencia de la antijuridicidad. La conducta como realización de una voluntad será objeto de la valoración. La antijuridicidad tiene con ella la valoración del objeto. La culpabilidad se hace con la valoración del tipo subjetivo.

La actitud contra el orden jurídico es justamente el reproche de culpabilidad, que se da sobre la voluntad antijurídica, con la cual aparece la teoría de la culpabilidad, pero con ello no está fundado el reproche de culpabilidad. Lo contrario al deber es lo que ca-

[78] Graf zu Dohna, *Zum neuesten Stande der Schuldelehre*, p. 323 y siguientes.

[79] Graf zu Dohna, *Zum neuesten Stande der Schuldelehre*, p. 326.

racteriza a éste y se da sólo cuando la voluntad está dirigida a la realización de un resultado antijurídico.

La violación de la norma de derecho no sería una actitud contraria al deber, cuando la conducta normal no era exigible. De ahí que el concepto de exigibilidad se corresponde en Graf zu Dohna con el concepto de contrario al deber. Este punto es central en la teoría de este autor y, tal como él lo dice, tiene el mismo papel que juega la antijuridicidad en el campo del tipo objetivo. Culpable es el comportamiento de quien viola la moral autónoma, que es la establecida por la propia voluntad: "actúa según la norma que pueda convertirse en ley general". Con esto, el elemento básico consiste en la consecuencia de que se viola el deber. Sin embargo, entre la conducta dolosa y la no dolosa hay una diferencia. En el dolo se muestra la omisión del autor de conformar una conducta adecuada y como tal exigible. En la culpa, el reproche presupone un deber cuyo cumplimiento hubiera evitado al autor obrar como lo hizo. Son los deberes de diligencia, que se le reprochan al autor.

La culpabilidad se excluye por la no inexigibilidad de una conducta adecuada a la norma, que no se presupone cuando puede el hombre dirigirla. Aquí el choque con el orden jurídico juega también como contramotivo y la conducta es tomada bajo pena como contramotivo para la formación de la conducta, Graf zu Dohna acentúa, en estos casos, el problema del estado de necesidad como motivo de disculpa.

3) En 1901, Mayer había defendido una teoría de la culpabilidad, con un componente de valoración[80]. Tiene la culpabilidad una condición o un estado del hecho, una actitud contraria al deber, cuyo criterio no

[80] Mayer, *Die Schuldhafte Handlung*, p. 106.

está en la relación con el resultado, sino que está puesto en relación con la norma[81].

La culpabilidad como actitud contraria al deber está, según él, en el momento objetivo de la culpabilidad, es decir, en el resultado, y hay dos elementos subjetivos: uno ético y otro psicológico. El momento psicológico de la culpabilidad debe existir en la relación del autor con el hecho. El momento de la ética o normativa se asimila en los términos a una relación con la antijuridicidad. Con esta última relación está la conciencia del derecho o de la contrariedad al deber como elemento normativo. La voluntad contraria al deber, no debe ser confundida con la falla en la capacidad de voluntad. Aquí también Schmidt[82] ha dicho que, en el elemento normativo de valor de la culpabilidad, sólo la discordancia con la motivación del hecho puede ser tomada en relación al deber jurídico.

Desde otro punto de vista, Mayer[83] juega con la posibilidad de que la conciencia actúe jurídicamente. Quiere precisar el límite de la culpabilidad. Pone la relación psicológica y ética como elemento de la culpabilidad. Se asegura entonces que la falla en la contramotivación, por medio de la representación del resultado, va a producir el reproche por la contrariedad al deber.

4) Von Liszt ha tenido una evolución en la concepción sobre el contenido de culpabilidad, apreciado en las últimas ediciones de sus obras (en especial la de 1941). Ha defendido esencialmente una concepción psicológica de la culpabilidad. Una esencial concepción normativa se encuentra en él, solamente en el

[81] Mayer, *Die Schuldhafte Handlung*, p. 106.
[82] Von Liszt - Schmidt, *Lehrbuch*, p. 49.
[83] Mayer, *Die Schuldhafte Handlung*, p. 46.

comienzo; culpabilidad significa responsabilidad por el resultado, cuyos requisitos son los normales, en virtud de los motivos que deben ser[84]. Punible debe ser sólo quien puede ser castigado por medio de la amenaza y, por último, la ejecución de la pena se debe imponer a quien, en este esquema, es capaz. Por esto paraliza la imputación en la imputabilidad. De ahí que tenga sentido la imputabilidad para que, por medio de la pena, se motive. Debe haber una motivación en el valor para que exista una normal determinación.

Tanto von Liszt como von Feuerbach ponen en comparación a la capacidad de atribución con la posibilidad de castigar, sólo que von Liszt acentúa el efecto de la pena en el sentido de la prevención especial. Surge, pues, un concepto primario de pena para asegurar la culpabilidad y también una relación lógica.

La pena justa sería la pena a la cual se mantiene por ella un pensamiento final que exige una medida de la pena y ésta se muestra como medio hacia un fin y es solamente justo cuando es necesaria[85], asunto éste, tratado ya en el famoso *Programa de Marburgo*.

De ahí que la pena aparezca como una amenaza psicológica para mejorar y, por tanto, intimidar al autor. Desde otro punto de vista, surge como una directa amenaza para evitar el mal que causa la acción del delincuente[86].

Además, von Liszt[87] entiende el concepto de culpabilidad en el campo de la composición, de la imaginación, y por esta palabra debió enfrentar una fuerte crítica científica. En la última edición de su obra

[84] Von Liszt, Franz, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, p. 48.

[85] Von Liszt, Franz, *Marburger programm*, p. 161.

[86] Von Liszt, *Marburger programm*, p. 163.

[87] Von Liszt - Schmidt, *Lehrbuch*, p. 151.

define la siguiente concepción de culpabilidad: "Es la subjetiva, psicológica relación entre el hecho y el autor, de la cual el hecho se muestra como una impresión particular del autor". Requisito previo a la culpabilidad será el orden jurídico, de manera de poner una valoración precisa en el campo normativo. La culpabilidad significa un sentido social del autor, él actúa, y el hecho es una conducta antisocial y como tal debe ser reconocida.

Los elementos de la culpabilidad se encuentran según von Liszt[88] en la capacidad y, por tanto, en la falla de la capacidad de ver el fin en la motivación antisocial.

5) En 1922, Freudenthal había alcanzado una importancia fundamental con su teoría normativa de la culpabilidad[89]. Contrariamente a Frank, en su concepción no comprendía en ella a las circunstancias concomitantes como elementos de la culpabilidad al lado del dolo y la culpa, sino como componentes de ella[90].

El dolo penal tendrá un momento ético en la culpabilidad. Este elemento ético de la culpabilidad no está, por supuesto, en la ley y es, en esencia, una especie o parte de la culpabilidad[91].

La culpabilidad entonces contiene en sí la desaprobación de una conducta. El autor debió actuar de otra manera cuando podía hacerlo, y esto es así porque el autor, según la fórmula de Mayer, tenía la representación del resultado, pudiendo valerse de un contramotivo para su actuar.

[88] Von Liszt - Schmidt, *Lehrbuch*, p. 152.

[89] Freudenthal, Berthold, *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*, p. 5.

[90] Freudenthal, *Schuld und Vorwurf*, p. 17.

[91] Freudenthal, *Schuld und Vorwurf*, p. 7.

Por su parte, Freudenthal quería precisar cuál era la falla del poder del autor, según el hecho y las circunstancias concomitantes. Pertenecían éstas, no al movimiento para la realización del hecho penal en la medida de su fuerza como tal, sino que "como no se puede normalmente exigir a nadie según las circunstancias del momento", de ahí la falla del poder y con ello de la culpabilidad del autor. Se debe analizar, según las circunstancias de los casos, cómo había actuado el sujeto activo, el autor, y entonces no podía hacérsele, según Freudenthal, ningún reproche a éste, si esa circunstancia no le era exigible, puesto que la exigibilidad de otra conducta adecuada al derecho será el criterio del reproche.

A través de los casos de estado de necesidad debe analizarse en la culpabilidad, no solamente si existe un peligro para la vida o para el cuerpo, sino también un peligro para sus bienes o su situación social. Por ello, la consideración de una especie de hombre medio, normal, para descartar la culpabilidad como tal.

Esta teoría quiere ser entonces, para el derecho penal, solamente una introducción de la expresión latina *impossibilium nulla est obligatio*[92].

El fundamento de la exigencia que el derecho impone al individuo y con ello evita el peligro para el orden jurídico, debe basarse en el deber hacia el cumplimiento de la norma penal, siempre que el autor pueda tener una desventaja de este resultado, por lo cual debe ser temeroso de ello.

§ 18. ***Desarrollo de la teoría de la culpabilidad desde 1922 hasta 1935.*** – Después de 1922, con la obra de von Feuerbach, se enriqueció la teoría de la culpa-

[92] Freudenthal, *Schuld und Vorwurf*, p. 27.

bilidad, más aún con el aporte de la teoría normativa. De ahí que, en adelante, toda teoría general de la culpabilidad tendrá un particular vocabulario, que ha incluido la teoría normativa de culpabilidad.

a) Define Sauer[93] la culpabilidad como un juicio de desvalor en base a una consideración objetiva del espíritu del autor. Como concepto jurídico existe la culpabilidad en nuestra representación, no fuera de nosotros, de ahí que la culpabilidad, según Sauer[94], se produce en la conciencia del autor, en contra de lo jurídico. La definición más importante que hace de la culpabilidad es el reproche a la decisión de la voluntad para una acción antijurídica, acción externa del hombre, a pesar del conocimiento o del deber de conocer la antijuridicidad. O es el juicio de desvalor o reproche que la sociedad o el orden jurídico hace a un individuo que tiene una conducta socialmente inadecuada, libremente determinada y, por supuesto, considerada como antisocial y dañosa. De esa forma es valorada o debe ser valorada[95]. Sauer investiga no la trascendente diferencia entre capacidad de culpabilidad de la conducta y su juicio, sino la dificultad del reproche de culpabilidad que está en la conducta psíquica. En síntesis, vincula en la culpabilidad, la característica normativa al juicio de desvalor que se efectúa sobre el estado anímico del sujeto.

Además de las ya vistas, Sauer distingue otra especie fundamental de culpabilidad, que la denomina "crónica", y que se refiere a una multitud de aquellos hechos concretos que, por ello, significan un objeto de

[93] Sauer, Wilhelm, *Grundlagen des Strafrechts nebst Umrib einer Rechts u. Sozialphilosophie*, p. 33.

[94] Sauer, *Grundlagen*, p. 537.

[95] Sauer, *Grundlagen*, p. 548.

otra índole. Es la culpabilidad de ánimo y la culpabilidad de carácter.

b) Por su parte, Kölher afirma que la culpabilidad es un reproche jurídico a la acción de la voluntad, este reproche lo funda desde otro punto de vista, o sea, desde una conducta psíquica[96]. Culpabilidad, para Kölher, es una falla en la capacidad psíquica de la conducta, bajo los requisitos de la capacidad de atribución del autor. El autor será reprochable si él no se ha dejado motivar de otra manera.

c) Para Berg[97] es la culpabilidad un juicio de desvalor de la generalidad. Ninguna representación basada en la realidad del actuante, sino sólo en el entendimiento de un juicio previo de la acción antijurídica, con lo cual no existe ninguna relación subjetiva entre el hecho y el autor.

d) Muestra Hegler[98] cómo la culpabilidad es reprochabilidad, posibilidad de un juicio negativo de valor sobre la psiquis del autor. De modo que la dirección del hecho del autor es decisiva. Esta dirección del hecho exige, por una parte, que el autor no haya actuado bajo presión psíquica y, desde otro punto de vista, no haya tenido motivaciones anormales que, a raíz de la sobremotivación, le hayan impedido ser el señor de su acto[99].

e) Opina Wegner[100] que por culpabilidad debe entenderse el comportamiento de un individuo que ac-

[96] Köhler, August, *Die Schuld als Grundlage des Strafrechts*, p. 438.

[97] Berg, Otto, *Der gegenwärtige Stand der Schudlehre*, p. 53.

[98] Hegler, August, *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente in Rahmes den allgemeine Verbrechensbegriffs*, p. 289.

[99] Hegler, *Die Merkmale des Verbrechens*, p. 214.

[100] Wegner, Arthur, *Schuld*, en "Handworterbuch der Rechtswissenschaft", p. 366.

túa de distinta forma, como un defecto, en comparación con los individuos normales. Análogamente a la fórmula de Kohlrausch[101], sostiene que en la culpabilidad se ve la discrepancia entre el actuar del autor y la de un tipo de hombre normal. Culpabilidad será el reproche que la sociedad hace a la personalidad, por la exigencia de consideraciones sociales. Esencialmente, para Wegner, esto es la precisión de la culpabilidad[102], el pensamiento de la exigibilidad en la medida del autor, a través del hombre medio.

Dolo y culpa son solamente indicios de la culpabilidad[103].

f) En su trabajo de continuación del libro de *Estudios* de von Liszt, Schmidt ha analizado la teoría normativa. Parte de la función del derecho como valoración, y muestra a éste en su función de valoración, y de precisión de la norma. Así, habría una norma de valoración y otra de precisión; de modo que el derecho, como deber que obliga, sólo se mueve en el límite interno, de ahí que el hombre debe regirse internamente conforme a la norma[104]. Al autor puede no serle exigible una conducta adecuada a la medida del derecho, si ella no se corresponde al deber; de allí que la culpabilidad es sólo posible cuando la norma de derecho no ha contado con la motivación del autor y, por lo tanto, la función que prescribe la norma no ha podido ser tomada en cuenta.

Diferencia Schmidt perfectamente bien entre elementos psicológicos y normativos de la culpabilidad.

[101] Kohlrausch, *Die Reform*, p. 26.

[102] Wegner, *Schuld*, en "Handworterbuch der Rechtswissenschaft", p. 366.

[103] Wegner, *Schuld*, en "Handworterbuch der Rechtswissenschaft", p. 368.

[104] Von Liszt - Schmidt, *Lehrbuch*, p. 223.

Los elementos psicológicos son, según él, la posibilidad de representación de la medida del hecho, la posibilidad de representación del resultado, según la medida de éste. La representación del daño social es solamente una relación para la conciencia de la antijuridicidad[105].

El elemento normativo está en la discrepancia de la motivación del hecho que debe existir en el autor.

La exigibilidad conforme a una conducta normal sólo es posible en una conducta adecuada, medida a la norma; se exige pues un deber[106].

La definición de culpabilidad de Schmidt dice lo siguiente: "Culpabilidad es la reprochabilidad de una acción antijurídica, mirada sobre la capacidad o sobre las fallas en la capacidad que tiene el autor, fundado en un proceso psíquico"[107].

El reproche de culpabilidad existe cuando, según la experiencia general de la vida de un hombre medio, podría motivarse la conducta conforme al derecho y esto no sucede[108].

g) Pone von Weber[109] el acento de la teoría normativa o de la teoría de la culpabilidad, en la reprochabilidad y en la exigibilidad. La exigibilidad de otra conducta se corresponde con la reprochabilidad de la acción. Fundamento del reproche de culpabilidad es la evitabilidad de la conducta. Podía el autor no haber actuado; entonces, surge la exigibilidad de otra conducta. Von Weber asegura que la teoría normativa de la culpabilidad se basa siempre sobre la evitabilidad.

[105] Von Liszt - Schmidt, *Lehrbuch*, p. 227.

[106] Von Liszt - Schmidt, *Lehrbuch*, p. 233.

[107] Von Liszt - Schmidt, *Lehrbuch*, p. 228.

[108] Von Liszt - Schmidt, *Lehrbuch*, p. 234.

[109] Von Weber, Hellmuth, *Die garantiegerende Funktion der Strafgesetze*, DJZ, p. 663.

La reprochabilidad de la conducta se puede considerar sin el dolo, que no es esencial para la reprochabilidad, ya que incluso sin él ésta puede fundarse.

Entonces, contra el autor se da el reproche de culpabilidad que se presenta cuando él pueda actuar de otra forma o, como bien se dice, con la expresión *"etwas dafür kann"*.

h) El criterio de la teoría normativa de la culpabilidad lleva a que sus críticos opongan como argumento fundamental la exigibilidad. Por medio de ella se ve el peligro que esta tesis crea a la seguridad del derecho. El individuo se podría levantar contra lo social y, entonces, se perdería la limitación a la amenaza de pena. El orden jurídico capitularía ante el delincuente por conciencia, por no ser exigible la conducta.

1) Teme Liepmann[110] que la teoría normativa de la culpabilidad en el conflicto del individuo, de respetar el deber de vivir en el orden jurídico, se reduzca al beneficio individual. El orden del Estado burgués debe ser mantenido con el reproche de culpabilidad y basarse en la exigibilidad del cumplimiento del deber por parte del individuo.

2) Parte Schumacher[111] también de la idea del descarte o la exclusión de pena, en base a las teorías expuestas, que van en contra de intereses de la generalidad, lo que implica una búsqueda de una culpabilidad global o general.

La exclusión de pena sería, pues, la ficción de una culpabilidad ética, para la cual cuenta la protección de los intereses generales que deben ser amparados[112].

[110] Liepmann, Moritz, *Literaturbericht, Strafrecht*, p. 713.

[111] Schumacher, Oskar, *Um das Wessen der Strafrechtschuld*, p. XVII.

[112] Schumacher, *Um das Wessen der Strafrechtschuld*, p. 52.

Para terminar con la tesis de Schumacher se debe decir que, según él, solamente sería decisiva la voluntad del legislador para la exclusión de la pena. La culpabilidad sería, entonces, una particular especie de la causalidad[113].

Este autor concreta su tesis de la siguiente forma: la teoría normativa de la culpabilidad hace al autor un reproche ético, cuando, en realidad, el reproche jurídico no tiene en cuenta ningún aspecto de la individualidad del autor; las motivaciones del autor, fuertemente consideradas en estas teorías, son, sin embargo, una capitulación de la sociedad frente al delincuente por conciencia. La culpabilidad no puede caracterizarse por el poder personal del autor.

3) Un peligro para la seguridad jurídica, según Hirschberg[114], es la teoría normativa de la culpabilidad. Define a la culpabilidad como el reproche a la conducta del autor como objeto de un juicio de desvalor[115]. En la lucha entre el individualismo y el pensamiento de la sociedad, de lo social, cree en el resultado de la fórmula en la cual el individuo debe, en última instancia, estar subordinado a la generalidad. El poder individual será una necesidad, el poder del individuo es una fórmula en la cual aparece una necesidad de Estado, una ficción de su necesidad como ya lo había formulado Kohlrausch[116], para posibilitar a la normativa penal una generalización que debe estar bajo el derecho y, como tal, ser exigida como un objetivo del orden y como un resultado, sin conside-

[113] Schumacher, *Um das Wessen der Strafrechtschuld*, p. 63.

[114] Hirschberg, Rudolf, *Schuldbegriffe und adquate kausalistät*, p. 18.

[115] Hirschberg, *Schuldbegriffe*, p. 70.

[116] Kohlrausch, *Die Reform*, p. 26.

ración de la realidad del sujeto a quien se le formula el reproche.

4) Para Gerland[117] es la acción culpable a raíz de una conducta contrapuesta a la norma, o sea por una conducta antijurídica. La culpabilidad será vista como una subjetiva actuación del autor en contra del deber, en oposición a la juridicidad del hecho. La actitud contraria al deber está en la motivación del autor, de ahí que el autor decida distinto a cómo debió haber actuado[118].

Análogamente a Binding[119], muestra a una no recta, una no jurídica, conducta voluntaria, como causa de la antijurídica y aquí halla entonces el concepto de culpabilidad; en ella, en el hecho, la conducta dirigida por la voluntad puede ser no sólo causa del concepto de la antijuridicidad. Gerland defiende, desde otro punto de vista, una concepción caracterológica de la culpabilidad.

Cuando él incluye a la culpabilidad como algo propio con respecto a la antijuridicidad del acto, pone esta propiedad en ambas formas de la motivación contraria al deber y que se manifiestan en el dolo y la culpa.

Culpabilidad sería, entonces, no sólo una propiedad del hombre, sino también un fenómeno que se da en el hombre[120].

La teoría normativa de la culpabilidad, de la atribución de reproche, se relaciona con el concepto de culpabilidad, porque un juicio de valor subjetivo del juez es preciso para ver si la persona tiene capacidad de culpabilidad.

[117] Gerland, Heinrich, *Lehrbuch Deutsches Reichs-strafrechts*, p. 122.

[118] Gerland, *Lehrbuch Deutsches Reichs-strafrechts*, p. 123.

[119] Binding, *Die Schuld im deutschen Strafrecht*, p. 10.

[120] Gerland, *Lehrbuch Deutsches Reichs-strafrechts*, p. 123.

5) Por su parte, Wolf[121] mantiene para sí una necesaria consecuencia de la teoría normativa de la culpabilidad, por ello el autor por conciencia será excluido; pese a que el cumplimiento del deber jurídico en la conciencia del injusto, en la acción jurídica, según esta teoría, no sería exigible. Tal concepción será defendida por pocos o ninguno de quienes siguen a la teoría normativa de la culpabilidad. El autor diferencia el concepto de culpabilidad del derecho y de la ciencia jurídica. Particularmente analiza el juicio de valor que realiza el juez, sobre el no cumplimiento del orden jurídico exigido por el individuo que tenía el deber de cumplirlo.

Culpabilidad es para él la antijurídica violación del deber del Estado o el defecto en la atención del deber del Estado[122].

En general, el fundamento de la disculpa de la no exigibilidad de la conducta o del deber no sería en el futuro utilizable o, de alguna manera, no es sostenible.

6) Define Allfeld la culpabilidad como una desaprobación psíquica de la conducta de un hombre, y esta desaprobación requiere o presupone un deber jurídico inviolable. Acentúa en la concepción normativa de la culpabilidad que la exigibilidad de la motivación adecuada del hecho se debe examinar en cada caso y que se encuentra entonces en la conducta, no solamente en la ley, sino que se dirige también a una búsqueda de la seguridad jurídica[123].

7) El argumento fundamental para Drost[124] es que la ley, el orden jurídico, no tiene ninguna norma de

[121] Wolf, Erik, *Strafrechtliche Schuldlehre*, p. 178.

[122] Wolf, *Strafrechtliche Schuldlehre*, p. 127.

[123] Allfeld, Phillip, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, p. 159.

[124] Drost, A., *Die Zumutbarkeit bei vorsätzlichen Delikten*, p. 176.

especie general, según lo cual pueda tener cabida la no exigibilidad de otra conducta adecuada a derecho. Al contrario, supone que el orden jurídico esencialmente generaliza una medida regular, a la cual debe sujetarse; supone más que nada un orden jurídico en el cual el autor se sujeta a la ley[125].

En un juicio de culpabilidad individualizado se pierde el efecto de prevención especial de la amenaza de pena y, entonces, el límite de la conducta penal es relativo.

Donde se asegura la culpabilidad como un puro deber de subsunción, se demuestra que para una teoría pura de la culpabilidad no hay ningún lugar.

8) En 1936, Krüger sostenía la realización del juicio de culpabilidad. Manifestaba que el juez subsume un estado interno de cosas, bajo el título de culpabilidad, puesto por el legislador. El juez no tiene ninguna decisión de valor, sino que falla sólo sobre la base de un juicio de identidad lógico, libre de valor[126]. La concepción normativa que utiliza Krüger sostiene que en el examen de la exigibilidad de otra conducta, según el derecho positivo, el juicio de culpabilidad es del legislador, ya que el juez ninguna valoración más puede hacer; por ello se puede entender a la culpabilidad como un concepto de valoración de otro, y esto no atañe al concepto de culpabilidad como una exigencia de un cumplimiento del valor que el juez pone en esa conducta[127], sino sólo la ley.

9) Von Hippel y Kantorowicz hallan un elemento de la culpabilidad normativa en la conciencia de lo ju-

[125] Drost, *Die Zumutbarkeit*, p. 179.

[126] Krüger, Herbert, *Rechtsgedanke und Rechtstechnik im liberalem Strafrecht*, p. 78.

[127] Krüger, *Rechtsgedanke*, p. 80 y 82.

rídico, en el reconocimiento de la antijuridicidad como tal. Von Hippel[128] mostraba, o quería mostrar, cómo la culpabilidad es una relación espiritual y psíquica entre el autor y su acto. De ahí que se puede hacer un reproche a este hecho, y esto porque el derecho exige conductas responsables penalmente. De ahí que él piensa que es incompatible para el derecho vigente una causa de exclusión de la culpabilidad, donde el autor, según su capacidad, no ha podido ver lo antijurídico, y no se le puede reprochar su conducta por ser contraria a la norma. Culpabilidad sería una insuficiente atención de las exigencias del derecho como causa para una valoración de la capacidad espiritual del autor y así poder evitar la violación o la lesión al derecho[129].

Opina von Hippel que la idea de una culpabilidad normativa supone que el autor tiene conciencia de la antijuridicidad. De ahí que exista la relación con la prohibición.

Para ello, von Hippel ha sostenido que el fundamento de la culpabilidad es la imputabilidad, y que sus especies son el dolo y la culpa. De reunirse estos elementos se puede afirmar que culpabilidad es la insuficiente consideración de la exigencia del derecho, el cual causa una violación del derecho que el autor podía evitar, haciendo un recto uso de sus facultades intelectuales. Con esta idea criticó en su momento al Tribunal Superior en su opinión sobre el tema de la conciencia de la antijuridicidad, catalogándolo de incierto y arbitrario, al hacer del error sobre la norma algo ajeno al derecho penal. Así, von Hippel siguió en parte la teoría de Rosenfeld, para quien la culpabili-

[128] Von Hippel, Robert, *Deutsches Strafrecht*, p. 270.

[129] Von Hippel, *Deutsches Strafrecht*, p. 275 y 278.

dad del hombre no podía estar en cabeza de otro, posición luego asumida por Soler en nuestra doctrina[130].

Entiende Kantorowicz[131], según el concepto de la teoría normativa de la culpabilidad, una concepción por la cual la esencia de la culpabilidad es una contradicción a un deber. El fundamento de la culpabilidad se deberá basar sobre el reproche personal contra el autor, tal como él debió haber actuado o adecuado su conducta al deber. Kantorowicz diferencia entre la culpabilidad como reprochabilidad y el juicio de valor como reproche. Éste tiene como objeto a la culpabilidad.

Capacidad de culpabilidad, capacidad de reprochabilidad, reprochabilidad y exigibilidad serían entonces los requisitos de la culpabilidad. Para una imputación normativa de atribución incluye a los elementos psicológicos de la culpabilidad (dolo o culpa) como escalones de ésta, cuya existencia normativa se halla en el reconocimiento de la antijuridicidad, tras lo cual se debe entender la conducta[132].

Bajo el concepto de exigibilidad de la conducta adecuada al derecho, entiende la cuestión del ya famoso estado de necesidad y los requisitos de la legítima defensa y de la antijuridicidad.

i) En oposición a las teorías normativa y psicológica se han intentado concepciones intermedias, las cuales contienen elementos heterodoxos del concepto de culpabilidad.

1) Es Mezger[133] quien considera a la culpabilidad como el reproche personal de una conducta antijurí-

[130] Jiménez de Asúa, *Tratado*, t. V, p. 79.

[131] Kantorowicz, Hermann, *Tat und Schuld*, p. 16.

[132] Kantorowicz, *Tat und Schuld*, p. 17.

[133] Mezger, Edmund, *Die Subjektiven Unrechtselemente*, p. 250 a 254.

dica y una relación subjetiva y psicológica del autor con su hecho. Quiere, de alguna manera, superar la dificultad o la desventaja de esta relación psíquica, o mejor dicho, la desventaja que existe en la relación psíquica y la culpa inconsciente.

El autor de un hecho culposo o imprudente debe, en principio, ser consciente de la violación de un deber de cuidado, con el cual debe cargar. Él debe ser consciente de la existencia del deber y, además, de cuál deber le es exigible. De ahí que debe ser consciente de la exigencia de un deber como tal, por lo tanto, en la especie, es él quien debe evitar el resultado. Este cumplimiento del deber exige, como se lo afirmó, el conocimiento del deber como tal, que sería la conciencia de la violación o de la lesión de tal deber como elemento de la culpa. Sin embargo, esta construcción no puede comprender todos los casos de culpa. Por ello es que Mezger exige en la culpa una abstracta relación psíquica del autor con su acto que, en general y como se ha visto en algún caso, no existe; no hay entonces ninguna relación psíquica en la culpa inconsciente. La tentativa en los delitos culposos, analizados siempre como una lesión consciente del deber, no puede ser entonces tomada en cuenta. Sin duda, el autor de un acto imprudente lo es de un hecho sobre el cual jurídicamente hay una desaprobación del resultado. Por supuesto esta conciencia es jurídicamente irrelevante y se puede fundar el reproche no sólo en la medida del deber jurídico. En su libro de estudios investiga Mezger[134] la diferencia entre culpabilidad como conducta culpable en la cual el reproche contra el autor está atado al tipo legal, y la culpabilidad como juicio de valor sobre el hecho en sí. Culpabilidad es para él una cualidad de la acción concreta y, por lo

[134] Mezger, *Die Subjektiven Unrechtselemente*, p. 257.

tanto, un juicio sobre ella[135]. Como elemento de la culpabilidad muestra Mezger la capacidad de atribución del dolo o de la culpa y la no existencia previa de causas que fundamenten la exclusión de la culpabilidad. La falta de la exclusión de la culpabilidad no es ningún elemento de ésta como tal y se debe aquí introducir los elementos positivos de la exigibilidad. Mezger reconoce la expresión "no exigibilidad", como una exclusión general de la culpabilidad; actúa sin culpabilidad quien no pudo conformarse a la norma, por tanto, a quien no se le puede reprochar una conducta.

El pensamiento penal es, en última instancia, un pensamiento de individualización. Mezger limita justamente los fundamentos de exclusión de la culpabilidad sobre un pequeño campo de medidas de valor, en las cuales la no exigibilidad no es distinta a la positividad de valoración del bien jurídico[136].

La individualización de valor, o el valor individualizado en esta exclusión de la culpabilidad, no debe ser distinto de la valoración de la ley positiva, sino en todo caso debe completarla. Más tarde, Mezger[137] toma el pensamiento de la lesión del deber en la teoría de la atribución, considerando por eso el hecho penal que se prevé como una atribución de actuar contraria al deber, por lo que rechaza el fundamento de exclusión de la culpabilidad en la no exigibilidad de otra conducta[138].

2) Como juicio de valor y no como una actuación psíquica mostró Marcetus[139] a la culpabilidad. Según

[135] Mezger, Edmund, *Strafrecht ein Lehrbuch*, p. 248.
[136] Mezger, *Strafrecht ein Lehrbuch*, p. 265.
[137] Mezger, Edmund, *Deutsches Strafrecht, Grundi'ß*, p. 76.
[138] Mezger, *Deutsches Strafrecht, Grundi'ß*, p. 117.
[139] Marcetus, Karl, *Der Gedanke der Zumutbarkeit*, p. 3.

él, esto sería cuando el orden jurídico desaprueba la disposición psíquica de la antijurídica conducta del autor. Por ello, entonces, la desaprobación es por la exigibilidad de otra conducta conforme a derecho[140].

La exigibilidad se determina tomando en cuenta el hombre medio, analizando qué hubiera hecho éste o qué otra conducta le era posible.

De ahí sería posible, entonces, que en el delito doloso surgiera el fundamento de la exigibilidad de los casos de los § 52 y 54 del Cód. Penal alemán[141].

3) Maurach se expide contra la utilización de la categoría de la exigibilidad y esto porque no está ella legalmente regulada, y acentúa entonces lo contrario: que, en estos casos, no hay ninguna objeción contra una teoría normativa y que, por lo tanto, la crítica no es decisiva contra esta teoría[142], cuyo centro pone en la concepción de la culpabilidad como reprochabilidad a una actitud contraria al deber o desvalor del autor. Una prueba para la consideración de la teoría normativa de la culpabilidad estaría en el Código Penal alemán (§ 52), y de ello, entonces, surge el fundamento de la exclusión del reproche de culpabilidad. Un principio que esté más allá de la ley debe ser rechazado y de ahí que la ley exige fundamentalmente el resultado de su mandato y, por tanto, una causa que no incluya a la culpabilidad basada en la no exigibilidad debe ser excluida o rechazada[143].

4) En su momento, Engisch cuestionó que el poder actuar de otra manera, que venía siendo defendido por la jurisprudencia alemana, fuera posible ser

[140] Marcetus, *Der Gedanke der Zumutbarkeit*, p. 44.
[141] Marcetus, *Der Gedanke der Zumutbarkeit*, p. 46 y 47.
[142] Maurach, Reinhart, *Kritik der Notstandslehre*, p. 114.
[143] Maurach, *Kritik der Notstandslehre*, p. 131.

demostrado empíricamente. La imposibilidad de demostración estaba en no poder repetir el fenómeno, por el cual una persona, colocada en la misma situación anterior, se hubiera podido conducir conforme a derecho.

Defiende Engisch la idea de que el concepto de culpabilidad contiene una relación de valoración con el orden jurídico. La valoración está puesta sobre la amenaza de pena. El dolo y la culpa son, para el caso, especies de injusto. La no exigibilidad no se encuentra ni en el no poder conocer, ni en el no poder evitar[144]. El poder evitar modifica el deber de cuidado. Cuando justamente el deber en los tipos de resultado, con una precisa conciencia, no puede ser evitado, esto puede de alguna manera ser visto como una especie de gravitación de hecho y no como debe ser. Engisch se refiere a la exigibilidad de otra conducta y dice: "La no exigibilidad deja la exigencia del deber jurídico sin fundar, ella no es ninguna causa de exclusión del injusto". Engisch reconoce que este punto es sumamente problemático. De allí que su terminología asegura que el concepto de exigibilidad debe ser excluido o, por lo menos, busca darle otro contorno. Cuando el orden jurídico muestra a una conducta como no exigible, valora en ella las motivaciones desde el punto de vista de la capacidad de pena y bajo especiales consideraciones[145]. Él piensa o entiende que la exigibilidad de un actuar como fundamento de la culpabilidad hay que mostrarla en el juicio de reprochabilidad que comprende por ello a la motivación[146]: el hecho será aclarado según los intereses que existen para evitar el resultado típico. Con ello la exigibilidad será puesta o asegura-

[144] Engisch, Karl, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässgkeit im Strafrecht*, p. 22.

[145] Engisch, *Untersuchungen über Vorsatz*, p. 268.

[146] Engisch, *Untersuchungen über Vorsatz*, p. 443.

da, por lo cual la violación al derecho será fundada sobre la motivación.

Entonces, puede deducirse que la relación entre el delito y el delincuente, y las tendencias impulsivas y los frenos de tales tendencias, serían defectuosos. En los casos de no exigibilidad se puede considerar a la motivación de los intereses defectuosos del autor para evitar la lesión al derecho.

§ 19. ***Período que va desde 1935 hasta 1945.*** – En 1935, Schaffstein se preguntaba si había o no, en el pensamiento general del derecho penal, un derecho de deber o de sentimiento. Él mostraba a la concepción del delito basada en el ataque a los bienes jurídicos, consistente en una acción típica, antijurídica y culpable, como un producto de la ideología del Estado del liberalismo clásico[147].

En realidad, estos elementos no serían otra cosa que una lesión a un deber contra la generalidad del pueblo. Schaffstein vio en la teoría liberal una contraposición entre el ser y el deber ser. En cambio, entendía, según su criterio sobre la sociedad, que esta contraposición no existía, de manera que el delito aparecía como una acción no natural, en contra de la sociedad como tal, que es la misma ley. De manera que ser y deber ser deberían estar juntos y no contrapuestos[148]. Con ello se aseguraba que la lesión al deber, nada tenía que ver con la lesión al bien jurídico.

Para el autor citado, quizás uno de los representantes más importantes de la ciencia penal del nacional-socialismo, los intereses de ciertos bienes no pue-

[147] Schaffstein, Friedrich, *Dar Verbrechen als Pflichtverletzung*, p. 7.

[148] Schaffstein, *Das Verbrechen*, p. 9.

den ser apreciados en términos absolutos y de manera autónoma, ya que están limitados por otros intereses, que se oponen a una garantía total de ellos y, por tanto, de la misión de garantía del derecho penal. Estos intereses serán denominados *contraintereses*.

Como el movimiento nacional-socialista era la oposición más importante a la idea liberal del derecho, no aparecía como extraña a este pensamiento una fuerte restricción a la libertad del individuo, por medio de la comunidad, especialmente en una ampliación de los delitos de omisión.

Esta idea o modelo de la antijuridicidad abarcaba conceptos racionales e irracionales, que se reflejaban en los preceptos jurídicos concretos.

La conclusión será, pues, el reemplazo de la idea del bien jurídico, como ya se expresó con anterioridad, por el de la violación al deber, que en principio poco o nada tenían que ver con el bien jurídico o, dicho de otra manera, la pena aparecía como una consecuencia natural de la violación del deber y no de la violación al bien jurídico[149].

Al problema del deber se le suma el concepto de peligrosidad, ínsito en todo sistema totalitario. La idea de culpabilidad se diluye de manera alarmante en la generalidad, de manera que la suposición es ahora: "tú debes y, por ende, tú puedes".

Como consecuencia de este pensamiento, la idea de no exigibilidad queda sin espacio. Schaffstein no puede admitir el concepto, al tener la concepción del Estado como algo de mayor valor que el individuo, de manera que lo que queda priorizado son los intereses sociales, que con la teoría de la no exigibilidad habían quedado relegados.

[149] Schaffstein, *Das Verbrechen*, p. 29.

Desde esta perspectiva, Thierfelder[150], utilizando el punto de vista del nacional-socialismo, cree que la teoría de la individualización de la culpabilidad es un atentado a lo que él llama "los amigos del derecho". La primera formulación del derecho nacional-socialista se encuentra en la protección del pueblo en su conjunto, y no los intereses individuales o burgueses[151]. El derecho debe buscar la protección de los valores de los "amigos del derecho" y, por lo tanto, lo que debe considerarse es el punto medio de toda valoración penal.

El caso particular será visto como un caso del sentimiento del autor en contra de la sociedad; por ello la culpabilidad existe en la lesión al deber. Acá influye la exigencia social, en contra del individuo[152]. También, el concepto de exigibilidad debe ser rechazado en su estructura, ya que sólo debe contar la capacidad media y la fuerza de voluntad del ciudadano, tal como era considerado por la idea nacional-socialista[153].

El juicio de culpabilidad será entonces un juicio de antijuridicidad del deber hacia el pueblo y, por tanto, un juicio sobre el lugar del autor en el pueblo[154]. Con la concepción de Siegert[155] aparece con bastante claridad la toma, como medida, del hombre medio, al hombre normal del Estado. Si se mide el poder espiritual del autor en comparación con el poder espiritual de los "amigos del pueblo", se nota en el autor

[150] Thierfelder, Rudolf, *Normativ und Wert in der Strafrechtswissenchaft unserer Tage*, p. 42.

[151] Thierfelder, *Normativ und Wert*, p. 136.

[152] Schaffstein, Friedrich, *Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner Übergesetzlicher Schuldausschlie Bungsgrund*, p. 42.

[153] Schaffstein, *Die Nichtzumutbarkeit*, p. 60.

[154] Thierfelder, *Normativ und Wert*, p. 136.

[155] Siegert, Karl, *Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate*, p. 49.

una degeneración de su voluntad. En síntesis, el pensamiento de Siegert se podría resumir de la siguiente forma: cuando nosotros medimos el poder espiritual del autor, en el caso particular, en relación a la fuerza de voluntad con respecto a "los amigos del pueblo", se advierte una especie de degeneración de la especie[156].

Una disculpa cuyos fundamentos residen en la exclusión de la responsabilidad sobre la base de la individual exigibilidad no ha sido, tal como se afirmó, reconocida por el nacional-socialismo. Freisler afirmaba sobre ello: "Un derecho penal en el cual al autor se lo disculpa por una real o supuesta insuficiencia tiene una clara respuesta: tú puedes, entonces tú debes". Será la insuficiencia del particular como un aviso para una fuerte relación propia, pero no como una disculpa de la indisciplinada conducta para entorpecer la paz del pueblo y su orden. De manera que, desde esta idea, la disculpa no puede ser aceptada. La Comisión de Derecho Penal de 1934, en la parte de las causas para la apreciación del estado de necesidad, no ponía ninguna cláusula sobre la exigibilidad individual. "El estado de necesidad existe sólo cuando al autor no se le debe exigir la conducta, o no conviene, según la visión o la salud del pueblo, hacerle sufrir un mal"[157]. Klee ha aclarado públicamente, en la Comisión de Derecho Penal, que la exigibilidad debe ser abandonada, ya que ella tiende a hacerse intensiva y, por tanto, contradictoria al sistema empleado[158].

§ 20. ***LA ACTUAL TEORÍA DE LA CULPABILIDAD.*** – En el presente aparecen defendidas, sin duda alguna, las teo-

[156] Siegert, *Grundzüge*, p. 49.

[157] Siegert, Karl, *Notstand und Putativnotstand*, p. 51 y siguientes.

[158] Klee, Karl, *Rechtsfertigungs und Entschudigungsgründe*, p. 67.

rías normativas, de modo que no puede hablarse hoy sobre la culpabilidad sin referencia a las teorías normativas en general. Estas teorías, en principio, se pueden diferenciar en dos grupos: el primero, comprende lo que sería la teoría normativa compleja, en la cual hay elementos psicológicos y también aparecen elementos normativos; el segundo, incluye la llamada *teoría normativa pura*, en la cual se ve a la culpabilidad fundamentalmente como algo relativo al valor.

La primera concepción de la teoría normativa es aquella en la cual sus adeptos coinciden en lo que se denomina teoría del dolo. Serán ellos contrarios a lo que es la teoría de la culpabilidad, en la cual se encuentra la teoría limitada o severa de la culpabilidad.

Paralelamente a la teoría del dolo y a la de la culpabilidad, corre la diferencia entre la teoría causal y la teoría final de la acción. En este punto es donde la teoría del dolo y la de la culpabilidad buscan un lugar para la conciencia del injusto o del ilícito, y acá la relación entre ambas doctrinas con la teoría causal y la final: la discusión estriba no tanto del lugar dolo, sino de su contenido. La teoría causal de la acción, es decir, la primera que se había visto en la culpabilidad, diferenciaba entonces entre un hecho doloso y uno culposo, y esto lleva a que se deba trabajar con estos dos distintos conceptos de culpabilidad. En contraposición, la teoría final de la acción adopta un concepto unitario de culpabilidad, que rige tanto para el dolo como para la culpa. Según la posición que uno tome tendrá que construir un sistema u otro.

En la construcción del delito, como tal, no hay duda de que la teoría normativa aparece como la más adecuada, ya que no sólo resuelve mejor los problemas sino que es más coherente dentro de una estructura intrasistemática, por ello se debe trabajar con esta última teoría, por lo menos, como punto de partida.

a) *La compleja teoría de la culpabilidad.* Es Mezger el principal representante de esta corriente. Acá sólo veremos la última de sus formulaciones[159].

1) Culpabilidad es para él una suma de requisitos; éstos son los que permiten un reproche basado en la personalidad, contra el autor del hecho punible y con ello fundar la desaprobación jurídica, fundada en la personalidad del autor, de manera que el reproche se hace o se deja de hacer sobre la base de la personalidad del sujeto activo del delito. La referencia psicológica al autor es enfáticamente afirmada por Mezger, en el dolo y la culpa además de la ausencia de causas que excluyan la culpabilidad, más un determinado estado de la personalidad del agente, que es la llamada *imputabilidad,* todo ello forma la culpabilidad. Mezger realizó una diferencia entre el hecho de la culpabilidad y el juicio de culpabilidad. Culpabilidad es una situación psicológica que por medio de una valoración se precisa que ella es contraria al deber y, por tanto, reprochable.

El objeto de esta valoración debe ser el dolo en cuanto relación de hecho, no el dolo como categoría de la culpabilidad. Con el juicio de culpabilidad se une el reproche en contra del autor, que en el caso concreto podía actuar de otra manera. Se entiende que al lado del dolo está la culpa. Como se expresó anteriormente, Mezger incluye en la culpabilidad, como elemento de ella, a la capacidad de culpabilidad y las causas de exclusión de la culpabilidad, con lo cual se juzga la personalidad del autor[160]. Mezger propone que la voluntad del autor sea comparada con el actuar me-

[159] Mezger, Edmund, *Strafrecht, Allgemeiner Teil ein Studienbuch*, p. 39.

[160] Mezger, *Strafrecht*, p. 132.

dio y, en la discrepancia, surge la valoración y la medida del juicio[161].

La valoración de la motivación se rige según el carácter normal: "Le es exigible al autor que reaccione de igual forma que lo que se considera el carácter normal"[162].

En el problema de la exigibilidad se investiga la medida del motivo del autor, por el cual éste realizó su acto. Decisivo será analizar las circunstancias concomitantes no tanto en su motivación con respecto al autor, sino en cuanto al efecto que tienen en la valoración del derecho, y cuál es el efecto que esas circunstancias han tenido en el derecho y cómo las evaluó el autor[163].

La medida del reproche estará dada no sobre la formación de la voluntad, sino según cómo se desarrolló la representación de los hechos en el autor. Esa medida será el resultado de ver cómo se ha efectuado y realizado el contenido de la voluntad y, en base a esto, cómo ha podido motivarse el autor, cuáles fueron los frenos inhibitorios o las representaciones que ha desarrollado y cuáles debió haber desarrollado[164].

2) La teoría de Nowakowski[165] es, en general, resultado de la teoría mezgeriana. En una investigación sobre la dimensión de la culpabilidad, diferencia en la culpabilidad el elemento biológico del psicológico de la relación psíquica[166].

[161] Mezger, *Strafrecht*, p. 133.

[162] Mezger, *Strafrecht*, p. 134.

[163] Mezger, *Strafrecht*, p. 203.

[164] Mezger, *Strafrecht ein Lehrbuch*, p. 370 y siguientes.

[165] Nowakowski, Friedrich, *Das Ausma'ß des Schuld Zeitschr für Strafrecht*, p. 302.

[166] Nowakowski, *Das Ausmaß des Schuld*, p. 325.

Más tarde puso un elemento caracterológico, el cual aparece como un juicio que se hace a raíz de la personalidad del autor. Se asegura así, en el elemento normativo de la culpabilidad, que la formación de voluntad del autor será comparada con la de otros. Lo importante no es el poder individual sino el poder impersonal, esto es una capacidad general.

La discrepancia será valorada, de modo que la medida será el poder medio[167]. La valoración de la motivación se dirige hacia el carácter normal. "La reacción del carácter normal es exigible al autor"[168]. En la cuestión de la exigibilidad será analizada la adecuación del motivo, en la cual el autor basa su hecho[169]. Lo decisivo no es cómo han motivado las circunstancias al autor, sino qué efectos de derecho corresponden a esas circunstancias. La medida del reproche será precisada como resultado de la motivación del contenido de la representación y qué represiones el autor ha desarrollado en contra del acto ilícito. En la reprochabilidad se analiza cuál represión debió desarrollar el autor y no lo hizo[170].

Ha sostenido Nowakowski una actitud neutral con referencia a la libertad, ya que ni el determinismo ni el indeterminismo podían ser probados empíricamente. De ahí que, según el criterio que se tome, se podrá fundamentar la culpabilidad. Si la pena es retribución, no hay duda de que deberá recurrirse al indeterminismo. Si, en cambio, se recurre a criterios de prevención, no será necesario. En este caso, el autor es influenciable más allá del problema de la libertad.

[167] Nowakowski, *Das Ausmaß des Schuld*, p. 308.
[168] Nowakowski, *Das Ausmaß des Schuld*, p. 303.
[169] Nowakowski, *Das Ausmaß des Schuld*, p. 330.
[170] Nowakowski, *Das Ausmaß des Schuld*, p. 338.

En la antijuridicidad y en la capacidad de culpabilidad, Nowakowski considera una cualidad del hecho; ellas a través del juicio serán aseguradas, pero en sí mismas no son ningún juicio. Culpabilidad es reprochabilidad. El reproche de culpabilidad será considerado porque el autor se ha regido sobre una representación distinta, cuando él debía actuar de otra forma. Este deber será precisado en virtud de la comprensión que haga un hombre medio de las exigencias del derecho[171]. El autor será entonces reprochable por defecto de la valoración del derecho. La culpabilidad jurídica existe independientemente del poder no cumplido en la medida del derecho. Ella sería una vuelta a la formación de la voluntad por la exigencia de la sociedad.

El derecho austríaco, con la teoría de la culpabilidad, defiende también una construcción normativa, basada en la exigibilidad como elemento normativo de la culpabilidad.

Por su parte, Nowakowski sitúa al elemento normativo de la culpabilidad de manera que al autor le era exigible una conducta adecuada al derecho[172].

3) Igual que Nowakowski, Kaufmann mostró que la capacidad de culpabilidad, el dolo y la culpa, y la exigibilidad eran los tres elementos de la culpabilidad. El autor debe conocer el carácter de ilícito de su acto; por lo tanto será posible hacerle un reproche de culpabilidad. La culpabilidad penal exige la conciencia de la dañosidad social de su acto[173].

Mostró Kaufmann que la culpabilidad es ante todo un fenómeno metafísico y solamente así se deja des-

[171] Nowakowski, *Das Ausmaß des Schuld*, p. 302.

[172] Nowakowski, *Das Ausmaß des Schuld*, p. 305.

[173] Kaufmann, Arthur, *Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts*, p. 94.

cribir como tal. La culpabilidad sería, entonces, colocada o puesta sobre el hombre, de manera que a él justamente se lo puede definir como una esencia que puede ser culpable. La consideración sobre el concepto del hombre, que comprende el de culpabilidad, marca la teoría, de manera que se está en un círculo vicioso. El concepto de culpabilidad se sustenta en un determinado concepto del ser humano y sobre éste se basa la culpabilidad.

La culpabilidad se muestra como una conciencia, como una voluntad hacia el delito, en la cual el deber moral del hombre tiene un aspecto relevante[174]. La culpabilidad, para Kaufmann, solamente existe cuando ella se presenta en la moral o ética de la voluntad; "como libre y responsable decisión de la voluntad contra un reconocido deber moral y ético"[175]. Por tanto, él ve la culpa consciente, a través de un dolo de peligro, como culpabilidad que puede ser justificada. No puede alcanzar la culpa inconsciente donde justamente falta esta voluntad de peligro[176]. Consecuentemente, rechaza la culpa inconsciente en la culpabilidad de voluntad; él no pone acá ninguna culpabilidad en sentido material. Como mínimo no hay un sentido total, ni siquiera un sentido completo[177]. La culpa inconsciente sería una comprensión de la culpabilidad ética, que no tiene ninguna forma de culpabilidad[178].

De ahí, entonces, que si la culpa inconsciente no puede sacarse de una protección ética de la culpabilidad no es ninguna forma de culpabilidad, pero justamente no se la puede extraer del derecho penal. De

[174] Kaufmann, *Das Unrechtsbewußtsein*, p. 100.
[175] Kaufmann, *Das Unrechtsbewußtsein*, p. 143.
[176] Kaufmann, *Das Unrechtsbewußtsein*, p. 65.
[177] Kaufmann, *Das Unrechtsbewußtsein*, p. 116.
[178] Kaufmann, *Das Unrechtsbewußtsein*, p. 208.

ahí que el principio de culpabilidad en el derecho penal deba ser revisado nuevamente.

La concepción en la cual la esencia de la culpabilidad está puesta en la responsabilidad, es reprochada por Kaufmann. Ella degrada el principio de la culpabilidad a una cosa sin significación. Considera a la culpabilidad una virtud, no una pura relación de saber o entender[179]. Según su actual pensamiento, la teoría normativa de la culpabilidad cubre lo normativo o pone lo normativo en todos sus elementos, y de ahí que ningún elemento de la culpabilidad sería psicológico[180], distinto es esto en la anterior teoría de la culpabilidad del mismo autor.

4) Bajo el concepto de la culpabilidad, Schröder entiende la relación psíquica del autor con su acto; y el reproche que del acto se haga se dirigirá contra el autor. Es el reproche a una falla de la inteligencia, sobre el mandato del derecho o, dicho con palabras del mismo Schröder: "el reproche de culpabilidad se dirige contra la acción, la decisión de la acción y su partícipe en la actualización de la decisión antijurídica"[181]. La culpabilidad será vista como una cuestión de valoración normativa. Schröder[182] muestra cómo lo normativo o el momento ético, en el dolo contiene la conciencia del autor de actuar contra el derecho.

Esto puede formar el fundamento para el reproche consciente de la culpabilidad. La conciencia del ilícito es para Schröder, como seguidor de la teoría del dolo, fundamento de la culpabilidad. El dolo sería la representación en la cual entra el juicio de des-

[179] Kaufmann, *Das Unrechtsbewußtsein*, p. 154.

[180] Kaufmann, *Das Unrechtsbewußtsein*, p. 158.

[181] Schröder, Horst - Schönke, Adolf, *Strafgesetbuch*, p. 1.

[182] Schröder - Schönke, *Strafgesetbuch*, p. 51.

valor jurídico y de ahí que pertenece a la culpabilidad. En ella, la conciencia de la antijuricidad, ante la actuación contraria a la norma, ha sido tomada como medio[183]. Una teoría normativa de la culpabilidad, que se diferencia entre la valoración del objeto y el objeto valorado, coloca a Schröder en un pensamiento diferenciado.

Culpabilidad como reprochabilidad puede solamente decirse cuando, sobre la base de la comparación y la relación, se hace el reproche. De ahí que pertenece el reproche de culpabilidad, en la sistemática, a la teoría de la culpabilidad[184].

Desde otro punto de vista, Schröder quiere mostrar que el dolo y la culpa no son elementos de la culpabilidad, sino que son el objeto del juicio de culpabilidad, ajeno al reproche de ésta, y rechaza que tengan un lugar o parte en la teoría de la culpabilidad.

En la culpa se debe poner lo normativo en el resultado antijurídico y, con ello, el autor actúa de forma contraria al deber, al realizar el injusto. En los delitos culposos, es la herida al deber de cuidado solamente el reprochable, cuando la utilización de la exigencia del cuidado le era exigible al autor. La no exigibilidad rige como un principio regulatorio del deber de cuidado y no como un fundamento de exclusión de la culpabilidad, basado en la ley o en causas supralegales[185].

Rechaza Schröder[186] la exclusión general de la culpabilidad basada en el principio de causas supralegales en que se funda la no exigibilidad. Por ello, según

[183] Schröder - Schönke, *Strafgesetbuch*, p. 76.

[184] Schröder, Horst, *Vorsatz und Schuld*, p. 646.

[185] Schröder, *Vorsatz und Schuld*, p. 647.

[186] Schröder, *Vorsatz und Schuld*, p. 647.

la situación, la no exigibilidad, conforme a la conducta normal, debe ser extraída precisamente de la ley[187].

5) Baumann considera a la culpabilidad como la reprochabilidad a la relación interna del autor con su acto. Es la apreciación de la conducta del autor y no la misma conducta ni tampoco una parte de ésta. El juicio de culpabilidad está en las cabezas de quienes juzgan; es su obra espiritual. De manera que culpabilidad no es juicio de culpabilidad. La culpabilidad es algo existencial que está en el autor y es "independiente" de cualquier juicio sobre ella. Reiteramos, Baumann diferencia juicio de culpabilidad y culpabilidad. Entiende a la culpabilidad no como una valoración, de la cual puede darse un entendimiento entre el autor y su acto, sino como una entrada en el hombre, como una circunstancia del autor.

Muestra la culpabilidad como un puro juicio de valor en cabeza de otro[188]. La culpabilidad puede surgir como elemento psicológico[189] o la culpabilidad es para él algo material, una relación de hecho, una pura relación. Ella se pone en la cabeza y en el corazón del autor como tal. Mantiene Baumann la no exigibilidad como fundamento de exclusión de la culpabilidad, también para los casos donde el autor sufre una presión fuerte, análoga a la que existe en los § 52 y 54 del Cód. Penal alemán, tanto en un delito de acción como de omisión, o si actuó con dolo o con culpa.

La exigibilidad como correctivo de la culpabilidad aparece entonces en esta concepción. La exigibilidad está en el pensamiento que sostiene que la norma

[187] Schröder - Schönke, *Strafgesetbuch*, p. 59.

[188] Baumann, Jürgen, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch*, p. 336.

[189] Baumann, *Strafrecht*, p. 348.

de derecho penal, sin duda alguna, no rige en una situación de necesidad física, y que, a raíz de tal estado de necesidad, ese reproche de culpabilidad no puede ser aceptado y por ello es descartado[190].

La exigencia del reproche del derecho debe ser alcanzada en una comprobación de responsabilidad y sirve para la seguridad del orden jurídico. Sobre la base de ello es la famosa argumentación de los opositores a una exclusión de la culpabilidad supralegal en la no exigibilidad de una conducta adecuada a derecho. Justamente el peligro de la inseguridad jurídica les sirve como punto fundamental de rechazo contra la disculpa supralegal del autor.

En el proceso de eutanasia, después de la finalización del Tercer Reich, los médicos fueron declarados responsables al actuar, según el fundamento de una orden estatal, de matar a una cantidad de enfermos mentales para que otros –en gran número– se pudieran salvar[191].

Los médicos podrían haber dejado de actuar; entonces habrían muerto todavía más enfermos mentales, ya que hubieran sido reemplazados. Lo problemático era si los médicos podían basar su conducta sobre ese fundamento legal. Schmidt ha tratado esta cuestión en forma puntillosa. El Estado –decía– no puede reprochar en este caso una acción antijurídica, cuando la omisión había sido por conciencia, de modo que no puede ser cargada la responsabilidad a ellos, cuya actuación tenía otra motivación. Ésta, si bien estaba dirigida hacia un acto antijurídico, puede por ello no ser contraria al deber. Falla entonces la falta de valoración. El Estado, si declara culpables a los

[190] Baumann, *Strafrecht*, p. 348 y siguientes.

[191] Welzel, Hans, *Notstansproblem*, en "ZStW", p. 47 a 56.

autores, levantando en su contra el reproche, reconoce que se ha perdido el derecho. También en los casos de necesidad del § 54 del Cód. Penal alemán, será la conducta antijurídica a raíz de los fuertes impulsos que, en un momento dado, tiene el mismo autor, pero disculpados. Un heroísmo ético sería, en este caso, exigido. Primero se debe disculpar al autor cuando él se halla en una situación de conflicto entre el Estado y sus principios éticos, por los cuales el hecho antijurídico es descartado y, no obstante, le es en todo caso éticamente reprochable[192].

Análogamente, falta el elemento normativo de la culpabilidad ante la ausencia de la capacidad de motivación del autor. Por otra parte se puede ver esto en Gallas, quien dice: "Cuando el orden jurídico no puede decir al autor cómo él debería haber decidido, el fundamento de reproche de culpabilidad jurídica no se puede encontrar"[193].

Por otra parte, Lange[194] analiza el pensamiento de la exigibilidad en la teoría de la culpabilidad. Se debe ver que la no exigibilidad como fundamento de disculpa no da resultado. La exigibilidad de una conducta adecuada a derecho sería, en general, requisito de la culpabilidad. Entonces debe el juez tomar en consideración el motivo del legislador. Los motivos de éste deben aparecer ante el juez no como *præter legem* para excluir la culpabilidad. La culpabilidad debe no sólo ser el poder individual, sino que, en el derecho penal, no debe perder su función. Lange muestra la culpabilidad como reproche dado a que no hubo un esfuerzo ético contra una motivación anormal.

[192] Schmidt, Eberhard, *Urteilsbesprechung*, p. 559 y siguientes.

[193] Gallas, Wilhelm, *Mezger, Festchrift*, p. 332.

[194] Lange, Richard, *Gunfragen der deutsch Strafrechtreform Schweiz. Zeitschr.*, p. 394.

b) *Especiales concepciones de la culpabilidad.* En los finales del siglo XIX, Mayer investigó la transformación misma del lenguaje que se había introducido, y cómo en esta transformación se impuso el concepto del *imputatio*, por medio de la culpabilidad[195].

Esto lo mostraba como un resultado de los hechos que Binding, en sus famosas *Normen*, había logrado en 1872, con el concepto de atribución subjetiva, y que, en virtud de ella, lo había impuesto en la culpabilidad y, con ello, había llegado como resultado a una general transformación o cambio en el concepto de culpabilidad. Mayer muestra la relación con la atribución subjetiva, porque la palabra culpabilidad lleva a que se dirija contra el autor un particular reproche de su acto, y ese reproche se debe a una falla en su capacidad psíquica de adecuarse al derecho.

Esto así, en la actual terminología, pasa también al campo ético-moral. Mayer comprueba que, en la concepción normativa de la culpabilidad, el juicio de valor sobre la psiquis del autor surge de una comparación con la psiquis del ciudadano medio, dando como supuesto un momento en el cual, en virtud de la norma de derecho, aquél se ha dejado motivar. La suposición de causas de exclusión de la culpabilidad, en los casos del ciudadano medio, cuando no se ha dejado motivar por la norma jurídica y, por ende, no realizó la conducta que era de esperar del autor, no sería aceptado por la ley, teniendo en cuenta la función de prevención general que tiene el derecho penal.

Considera como consecuencia necesaria de la teoría normativa, a la teoría de la no exigibilidad, como causa de exclusión supralegal de la culpabilidad que,

[195] Mayer, Hellmuth, *Das Strafrecht des Deutschen Volkes*, p. 120.

objetivamente, comprende elementos de la culpabilidad y se forma con elementos objetivos tanto de la culpabilidad como del tipo. Esto conlleva a que sistemáticamente estén puestos en la conciencia del autor.

La atribución subjetiva, con ello la culpabilidad, debe asegurar que el hecho es obra de la voluntad del autor y que, por tanto, el autor es el señor de su acto[196].

La dirección de la voluntad estaría sólo asegurada por medio del juicio de valor[197].

Maihofer[198] comprende la culpabilidad como disposición[199]. En ella se asegura que el autor reconoce lo prohibido de su acto o que, por su posición social, podía llegar a conocerlo. Acá se toma lo que se llamaría evitabilidad del error de prohibición. Por ejemplo, el Código Penal alemán[200] contempla si el autor, según la experiencia de su vida y de su profesión, con la atención de su conciencia, puede comprender la medida del *ilícito* de su acto.

Para Maihofer, culpabilidad tiene igual sentido que culpabilidad social. Acá no se puede aceptar el poder individual o general de actuar de otra forma del hombre común, sino que este poder individual de la persona será visto según su posición social. De ahí que se debe analizar el centro de su vida y de su profesión[201].

Falta la culpabilidad típica y social, como él la denomina, cuando el fundamento de la justificación ha

[196] Mayer, *Strafrecht*, p. 213.

[197] Mayer, *Strafrecht*, p. 214.

[198] Maihofer, Werner, *Menschebild und Strafrechtsreform*, en "Universitätstage", p. 15.

[199] Maihofer, *Menschebild*, p. 25.

[200] *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen*, t. 2, § 201.

[201] Maihofer, *Menschebild*, p. 29.

sido tomado erróneamente y aparecen, entonces, la legítima defensa y el estado de necesidad putativos.

Aquí se trata de hallar, por medio de los elementos objetivos de la culpabilidad, los fundamentos de la culpabilidad no escritos. Maihofer plantea una teoría de los momentos objetivos de la culpabilidad, cuyo origen se halla en von Liszt, que los había puesto en las circunstancias externas. Ellas fueron desarrolladas más tarde por Frank[202] en la construcción de su concepto de culpabilidad. Había dicho que, en la medida del lenguaje en la vida diaria, la culpabilidad debía ser analizada según las circunstancias concomitantes. Ante todo, como ejemplo de su concepción, pone Maihofer el § 217 del Cód. Penal alemán (infanticidio). En cuanto a la parte subjetiva, será aquí solamente exigido que la autora asuma su rol de madre. Según el § 217, decía Maihofer, que la autora (la madre) debe saber el rol de madre extramatrimonial, y que su hijo también lo es.

En los elementos objetivos de la culpabilidad debe, entonces, darse una culpabilidad privilegiada. Después ella se coloca dentro de una situación sociológica o social, y no en una situación psicológica interna[203]. Los elementos objetivos de la culpabilidad estarían relacionados con la normal determinación del autor, por los motivos que lo llevan a producir un perjuicio[204]. Los casos de condiciones anormales del autor, quiere Maihofer hacerlos típicos, en virtud de los elementos objetivos de la culpabilidad. Él define a estos elementos como una localización o circunscripción objetiva de la concreta falta de libertad. Ella, según precisas

[202] Frank, *Über den Aufbau des Schuldbegriffes*, p. 5.
[203] Maihofer, Werner, *Festchrift für Mayer*, p. 194.
[204] Maihofer, *Festchrift für Mayer*, p. 209.

y típicas circunstancias del hecho y del autor, quedan desarrolladas.

Para Maihofer tienen estos elementos la función de contraindicador, para el caso concreto de la normalidad de las circunstancias y de la situación, según los principios de la culpabilidad social y de la disposición hacia la culpabilidad[205].

Según su concepción, en el § 217 del Cód. Penal alemán está el elemento no legítimo, un elemento fundamental objetivo, porque aquí el normal juego de motivación sería fuertemente perjudicial[206].

La motivación normal será entonces excluida en los casos de legítima defensa putativa. Aquí se toma a la evitabilidad del acto como un error en la motivación, y según las circunstancias del autor. En la errónea suposición del fundamento que causa esta situación no se debe tomar la evitabilidad del error; esto es precisamente la pura suposición de una situación de legítima defensa para fundamentar la función de la culpabilidad en la defensa putativa.

Los modelos de exclusión de la culpabilidad social típica los dio Maihofer en los supuestos de exigibilidad espiritual. El reproche de culpabilidad sería, en este caso, no excluido cuando el conflicto es propio de la profesión típica, entonces este conflicto, este peligro, se da fundamentalmente sobre el objetivo-rol social del autor.

La culpabilidad no sería descartable cuando en la situación de conflicto su portador tiene un rol que, típicamente, le es atribuible. Justamente en las profesiones de riesgo, el conflicto será valorado a través de las condiciones de la profesión peligrosa[207]. Quien

[205] Maihofer, *Festchrift für Mayer*, p. 214.
[206] Maihofer, *Festchrift für Mayer*, p. 211.
[207] Maihofer, *Festchrift für Mayer*, p. 203.

cumpla este rol social debe soportarlas sin perjuicio de la culpabilidad individual, no es fundamental la pregunta de si debe ser reprochado ante la posibilidad de otra conducta.

Aquí será el autor culpable según la culpabilidad social y su culpabilidad de disposición[208].

Para Hardwing[209] existe la atribución, "en la relación de un suceso o un hecho antijurídico, evitable según el derecho", dado que la prohibición o el mandato jurídico exige que se realice la acción, o si fuera posible que se omita, de manera que el autor, si lo hubiese querido, no hubiera realizado el suceso ilegal.

El derecho puede prescribir solamente conductas. Ellas dependen de la voluntad y del poder del autor. El hecho sería culpable, atribuible, cuando el autor lo quizo. El juicio de atribución de culpabilidad se lo define de la siguiente forma: "El autor hubiera podido evitar, desde su concreta capacidad de inteligencia y de su voluntad, su conducta antijurídica, cuando él lo hubiese querido"[210].

Entonces, la culpabilidad será un requisito de la desaprobación del hecho, por lo cual el acto de valoración no está en el juicio de culpabilidad, sino en la desaprobación del hecho como tal. Culpabilidad sería en sí misma una debida valoración[211].

La culpabilidad, como relación compleja, requiere una conducta, la cual se basa en una norma que sustente el deber jurídico y exija un cumplimiento del deber y de la norma por parte del obligado, que podía

[208] Maihofer, *Festchrift für Mayer*, p. 207.

[209] Hardwing, Werner, *Die Zurechnung ein Zentralproblem des Strafrecht*, p. 120.

[210] Hardwing, *Die Zurechnung*, p. 125.

[211] Hardwing, *Die Zurechnung*, p. 187.

sujetarse a ella, esto es, la capacidad de culpabilidad. Hardwing, por último, afirma que la culpabilidad no puede separarse del ilícito[212].

c) *TEORÍAS NORMATIVAS DE LA CULPABILIDAD.* Maurach[213] exige que el concepto de culpabilidad se base en un delito concreto, que es la antijuridicidad o la acción antijurídica del autor.

1) El juicio de desvalor en la culpabilidad se asegura, entonces, porque el autor, dolosa o culpablemente, se ha colocado debajo de lo que el derecho exige cuando esto era evitable para él[214].

El juicio de culpabilidad tiende entonces a la comprobación de que el autor había podido conformar su voluntad, porque era capaz de ello, y que su voluntad, desde este punto de vista, era antijurídica o contraria al deber. Dicho con las palabras del tribunal alemán (BGB, t. 2, p. 200): "Culpabilidad es reprochabilidad. Con el juicio desvalorativo de culpabilidad se reprochará al autor que no ha actuado conforme a derecho, que se ha decidido en favor del ilícito, aun cuando podía comportarse conforme a derecho".

Divide Maurach el concepto de culpabilidad en dos partes: responsabilidad por el hecho y culpabilidad; juntas forman el concepto de atribuibilidad. La atribuibilidad se supone cuando la acción del autor es resultado de su falta de capacidad de motivación que le es reconocida. No actúa el autor responsablemente cuando en la medida de su acción, bajo circunstancias dadas para cada uno, no le es exigible tal acción. En

[212] Hardwing, *Die Zurechnung*, p. 28.

[213] Maurach, Reinhart, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 46.

[214] Maurach, *Deutsches Strafrecht*, p. 47.

este juicio general aparece el resultado de la individualización del desvalor de la culpabilidad, el cual toma la capacidad del autor como requisito para un actuar sujeto a la norma.

Maurach rechaza un concepto complejo de culpabilidad; por ello, la entrada a la valoración comprende, desde este punto de vista, que se deja lo valorativo solamente para el campo de la culpabilidad. Al problema de la exigibilidad de una conducta adecuada a la norma no lo quiere reconocer[215] como una parte de la culpabilidad. Lo considera un elemento generalizante que no conforma la culpabilidad, sino el límite de la responsabilidad. Al primer escalón, Maurach lo denomina "la responsabilidad por el hecho". En este caso se busca una comparación personal entre el autor y el término medio de las restantes personas, descripto por el derecho positivo. Después de esto se analiza si el autor, de modo distinto a como cualquier otro hubiera actuado en la misma situación, ha sucumbido a la tentación del hecho, aun cuando conforme al derecho vigente podía exigirle otra actitud sin pensar que cualquier otro en su situación se hubiera dejado influir por la amenaza penal. La desaprobación se basa en que el autor, en la situación concreta, se ha comportado peor que los demás. La responsabilidad surge de no haber respondido al poder del término medio presumido por el derecho. Sin embargo, esto no significa reproche, ya que no se está en presencia de la capacidad concreta del autor.

El segundo escalón de la atribuibilidad es la culpabilidad que exige un personal reproche contra el autor. Culpablemente actúa como responsable de su hecho, de su acto con capacidad de atribución, y ha

[215] Maurach, *Deutsches Strafrecht*, p. 305.

actuado con la posibilidad del conocimiento del injusto[216].

Culpabilidad sería el abuso de esta capacidad de atribución del autor. Entonces, la esencia de la culpabilidad existe cuando el autor tiene la posibilidad de negar el delito y no la aprovecha, y, con ello, usa mal o no usa su inteligencia, su capacidad de rechazo de acuerdo a derecho[217].

En cuanto a la teoría de la no exigibilidad de otra conducta adecuada a la norma, que podría surgir de los tipos penales en los casos de los § 52, 53-III y 54 del Cód. Penal alemán, según la concepción de responsabilidad que se tenga, Maurach busca una individualización, un examen individualizador de la posibilidad de motivación de los hechos, pero desde otro punto de vista[218]. Una exclusión de la culpabilidad en base a la no exigibilidad de una ley supra penal, es rechazada precisamente en el ya famoso escrito *Crítica a la teoría del estado de necesidad*. Maurach ha hecho notar que en los casos de los § 52, 53-III y 54 no se encuentra una individualización del juicio de culpabilidad del autor. Ahí está la situación de necesidad, la cual gira en torno a la exigibilidad de una conducta adecuada a derecho; se da el efecto físico de una situación externa de necesidad que presupone, sobre el autor, una generalización[219]. Igualmente válido es si el autor, según su capacidad, puede en el momento concreto, en la situación de necesidad, resistir. Se trata de un caso de tipificación de la exigibilidad, en los cuales no se trabaja sobre la capacidad de motivación

[216] Maurach, *Deutsches Strafrecht*, p. 316.
[217] Maurach, *Deutsches Strafrecht*, p. 362.
[218] Maurach, *Deutsches Strafrecht*, p. 323.
[219] Maurach, Reinhart, *Kritik der Notstandslehre*, p. 131.

individual del autor. La responsabilidad por el acto, en el sentido de Maurach[220], será por medio de los casos en los cuales se presume el poder del autor, fundando la responsabilidad por el hecho que se denomina el poder medio de todas las personas.

Responsable, en el sentido de Maurach, será aquel en quien se presume un poder medio para realizar un particular acto, y esto no existe, cuando en la formación de la voluntad del autor actúan factores externos que tienen un efecto poderoso, en el cual ninguna acción puede precisamente surgir. "Ella debe regir como producto de una motivación media" que comprende la decisión. Este tipo de motivación falla en los casos de no exigibilidad[221]. Maurach quiere entonces generalizar el presupuesto de los § 52, 53-III y 54 en una particular construcción del delito, que tenga su base en la ley. Todo elemento de culpabilidad, a través del tipo, es una generalización de éste; en un presupuesto aceptado, sería el resultado de una especial experiencia que la culpabilidad, en el sentido de Maurach, pone en esta nueva etapa del delito: la responsabilidad por el acto.

El lugar de la responsabilidad por el acto, entre la antijuridicidad y la culpabilidad, no es aceptado generalmente, aunque debe reconocerse que la cuestión tampoco ha sido profundamente estudiada.

Cuando la justificación del autor, en los casos de estado de necesidad, ha sido rechazada, permanece entonces este lugar de privilegio de la motivación solamente para la culpabilidad.

Este nuevo sistema de Maurach, seguido ahora por Zipf y Gössel, aparece, tal como se demostrara, como

[220] Maurach, *Deutsches Strafrecht*, p. 35.

[221] Maurach, *Deutsches Strafrecht*, p. 315.

una buena forma de responder a las objeciones de Roxin a las ya tradicionales concepciones de la culpabilidad. Por otra parte, la responsabilidad por el acto aparece con nuevas perspectivas para solucionar, en cuanto así se integre, temas hasta ahora oscuros como el exceso en las causas de justificación.

2) En 1935, Welzel trataba el tema de la culpabilidad desde el punto de vista especial de la conciencia; el yo, como tal, decidía sobre la base o en contra de la valoración. Con el aseguramiento de la culpabilidad que caerá sobre la personalidad o sobre una carga de un juicio de valor[222]. En la culpabilidad se encuentra al autor con una decisión para una acción antijurídica[223].

Análogamente, Welzel sostenía en sus *Estudios*[224] que el momento de la culpabilidad, en la acción final, se encontraba en la decisión de la voluntad por un desvalor. La culpabilidad se mostraba como capacidad de inteligencia, como desvalor de la acción, como capacidad de voluntad, para decidir entre el valor y el poder[225].

En sus trabajos sobre la personalidad y la culpabilidad, Welzel ha vuelto nuevamente sobre el tema. Para la posibilidad de una activa dirección del autor, él ve en la culpabilidad una capacidad defectuosa de la inteligencia que se dirige hacia el injusto. La falla, en general, sería el defecto de aceptar la exigencia del deber jurídico, a raíz de que el yo no controla su impulso; el reproche se encuentra, entonces, en tal situación, al quedar sin la exigencia y alterar el orden jurídico.

[222] Welzel, Hans, *Naturalismus und Wertphilosophie*, p. 80.

[223] Welzel, *Naturalismus*, p. 83.

[224] Welzel, Hans, *Studien zum System des Strafrechts*, p. 504.

[225] Welzel, *Studien*, p. 452.

La culpabilidad exige la falla en la exigencia del deber, a raíz de una mala dirección. Welzel[226] une la culpabilidad con la dependencia de la presión causal de los impulsos, por los cuales el autor dirige o es dirigido, y esto lleva a que éste pueda seguir un criterio recto o no; será culpable cuando se deje llevar por estos impulsos antijurídicos.

La culpabilidad puede, según la dirección que se imprima, hacer ver la importancia del sentido que es decisivo para la antijuridicidad de su acción[227]. Él exige que la culpabilidad sea un concepto de relación. La formación de la voluntad será considerada como un no "ser-deber", precisamente porque, según la medida del derecho, había podido y debido actuar. A la justificación del reproche de culpabilidad, la sitúa Welzel sobre la base de la ética de la responsabilidad. La disculpa no existe porque el autor crea que su actuar es debido al derecho o fiel al derecho. Entonces el hombre, conforme con su capacidad de decisión, no ha examinado si un acto es o no adecuado al derecho, y de ello se sigue justamente que su decisión es responsable.

Culpabilidad es, entonces, una vuelta alrededor del deber, sin duda la acción es cumplir el deber, o mejor dicho, poder llenar el deber exigido a la conducta del sujeto.

Sobre el campo de los delitos culposos, Welzel tiene que hacer una nueva construcción. A raíz de su teoría de la lesión al deber de cuidado, esto cuenta para la culpabilidad y demuestra justamente que los requisitos objetivos pertenecen al campo del injusto,

[226] Welzel, Hans, *Vom Bleibenden und von Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft*, p. 17.

[227] Welzel, *Vom Bleibenden*, p. 19.

al tipo del injusto, y que los requisitos subjetivos pertenecen a la culpabilidad. O sea que, en la cuestión de la culpa, hay que examinar si el autor, en el marco de su acción, reconoció el deber y pudo evitarlo.

La acción antijurídica es reprochable cuando el autor pudo actuar de acuerdo a derecho, y la problemática de la culpabilidad en los delitos culposos es tratada desde este punto de vista del deber objetivo de cuidado. Asegura Welzel que el deber parte de un punto objetivo y preciso, y que la reprochabilidad de la conducta por el incumplimiento de un deber se da a través de un defecto en lo subjetivo, cuyo requisito previo debe ser exigido[228].

La exigencia del reconocimiento de la antijuridicidad en los delitos culposos se da cuando el agente actúa en contra del deber jurídico. La violación a la norma de cuidado debe ser reconocida por el autor, según un punto objetivo y preciso, y sólo se presenta la reprochabilidad por la lesión de un deber, por medio de un defectuoso elemento subjetivo[229]. Welzel define la culpabilidad como un reproche personal en contra del autor. Él pudo omitir la acción antijurídica y, sin embargo, actuó. La esencia de la culpabilidad está en el poder del autor (*Dafur-Können*).

De modo que su conducta antijurídica fue formada según el poder del autor en la voluntad antijurídica. En la culpabilidad, el defecto de capacidad en la formación de la voluntad es lo que será repudiado y esto es un requisito del reproche de culpabilidad, porque el autor pudo haber formado su voluntad conforme a la norma y el deber, siendo capaz de atribución y capaz del injusto[230]. Welzel muestra a la no exigi-

[228] Welzel, *Und di finale Hadlungslehre*, p. 24.

[229] Welzel, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, p. 30.

[230] Welzel, *Fahrlässigkeit*, p. 31.

bilidad de una conducta conforme a derecho, no como un elemento que excluye la culpabilidad sino –bien lo demuestra Kaufmann– como un fundamento fáctico de disculpa, por el cual el orden jurídico rechaza el reproche de culpabilidad[231].

En los delitos dolosos, Welzel considera la no exigibilidad fuera de los casos legales, solamente como protección en los delitos de omisión, y será a través de la no exigibilidad del perjuicio en la valoración de particulares intereses que puedan ser disculpados[232]. A raíz de que en los delitos de acción, la disculpa surge en general cuando un mal personal pueda aparecer y el caso solamente puede ser evitado por medio del delito. En el campo de los delitos de omisión no debe esperarse que, al dejar de actuar, la acción ordenada deba ser castigada en sí. En los delitos culposos, el orden jurídico se alza en contra del autor, cuando en las circunstancias sobre las exigencias de las ventajas de la omisión de la no cuidada acción, era posible hacerle un reproche. Aquí se puede –dice Welzel– hacer el reproche según la no exigibilidad; este reproche es por una conducta no adecuada a derecho.

Entonces, el reproche estará dado sobre la base de que el deber objetivo, la falta de cuidado, está precisamente en la relación entre el cuidado al bien jurídico y la omisión; nunca se trata de la valoración individual de los motivos por parte del autor, sino siempre de la valoración objetiva por parte del ordenamiento jurídico.

Se podría sintetizar el pensamiento de Welzel casi con sus propias palabras: "Culpabilidad es la reprochabilidad del hecho antijurídico individual (o de la parte de conducta de vida antijurídica); lo que se re-

[231] Welzel, *Strafrecht*, p. 159.

[232] Welzel, *Strafrecht*, p. 124.

procha es la resolución de voluntad antijurídica en relación con el hecho individual (o de la parte de conducta de vida), presupuesto existencial de la reprochabilidad es la capacidad de autodeterminación libre, es decir, conforme a lo sentido por el autor: su capacidad de culpabilidad o imputabilidad. Esta capacidad de culpabilidad existe o no de un *modo general* en la situación concreta con independencia de que el autor actúe o no, de que se comporte jurídica o antijurídicamente. La reprochabilidad se refiere, en cambio, a una conducta antijurídica real. Es, como vimos, una relación específica en que se encuentra la voluntad de la acción con el ordenamiento jurídico; la voluntad no es conforme a la norma como debía y hubiera podido ser. Elementos constitutivos de la reprochabilidad son, por ello, todos aquellos que son necesarios para que el autor, capaz de culpabilidad, hubiera podido adoptar, en relación con el hecho concreto, una resolución de voluntad conforme con el derecho en lugar de la voluntad antijurídica. Ahora bien, como la culpabilidad individual no es otra cosa que la concreción de la capacidad de la culpabilidad en relación con el hecho concreto, la reprochabilidad se basa en los mismos elementos concretos cuya concurrencia con carácter general constituye la capacidad de culpabilidad; es decir, el autor tiene que haber *conocido* lo injusto del hecho, o por lo menos tiene que haberlo podido conocer, y tiene que haber podido decidir según una conducta conforme con el derecho en virtud de este conocimiento (real o posible) de lo injusto. La culpabilidad concreta (la reprochabilidad) está, pues, constituida (de modo paralelo a la capacidad general de culpabilidad) por elementos intelectuales y voluntarios"[233].

[233] Welzel, *El nuevo sistema de derecho penal*, p. 100 y 101.

3) Desarrolla Kaufmann su teoría de la culpabilidad, en la cual sostiene que el reproche de culpabilidad será levantado cuando el autor se pudo dejar motivar por la norma y, sin embargo, no lo hizo.

El juicio de desvalor, que va más allá del desvalor de la acción y que recae sobre "el capaz de cumplir el deber", es el determinarse por impulsos enemigos del derecho. Éste es criterio decisivo del desvalor[234]. La no utilización de la capacidad para autodeterminarse conforme a la norma, es lo que importa una falla de la personalidad, un desvalor de la personalidad o del sujeto. Pero esto se da sólo en el sujeto responsable y sólo a éste alcanza el reproche.

La reprochabilidad (*Vorwerkeit*) significa que están dadas las condiciones para el reproche. El reproche está dirigido a un sujeto y a dos objetos: aquel que es reprochado y lo que se reprocha. El reproche significa que el orden jurídico reprocha, al capaz de no cumplir su deber, de lo ilícito o injusto de su comportamiento. Kaufmann es quien sostiene que es posible hablar de un reproche de culpabilidad. En este punto se refiere a quien se hubiera podido motivar por la norma, y que no ha cumplido con el deber. La falta del cumplimiento del deber es lo que se reprocha.

Obvio es sostener que sólo estará en tal situación aquel que tuvo capacidad para superar los impulsos contrarios al deber.

El objeto de la valoración, según esta idea, será lo injusto de un capaz de cumplir el deber.

Kaufmann observa que, junto al desvalor del resultado y al desvalor de la acción, aparece el desvalor de la personalidad. Junto al ilícito objetivo y el ilícito

[234] Kaufmann, Armin, *Lebendiges und Totes in Binding Normentheorie*, p. 182.

personal se agrega la culpabilidad. La culpabilidad es siempre reproche, por el no cumplimiento del deber, por alguien capaz de hacerlo, que conlleva siempre una relación valorativa con el derecho que se designa como "reprochabilidad". La culpabilidad es una formación de voluntad de alguien capaz de cumplir el deber a la cual se agrega el elemento reprochable.

La culpabilidad estaría fundada en una reprobación, sería un juicio de valor. Kaufmann va a diferenciar entre la reprochabilidad como cualidad desvaliosa y la culpabilidad como materia y objeto de valoración de esta cualidad desvaliosa[235].

La reprochabilidad, además, es cuantificable, de conformidad con el grado de capacidad de cumplimiento del deber[236].

Ello hace entonces que los requisitos de la reprochabilidad en los delitos de acción y de omisión no tengan ninguna diferenciación y mantengan la capacidad de motivación normal, como la exigencia fundamental del reproche de culpabilidad[237]. La capacidad, dice Kaufmann, por la cual el deber jurídico para actuar, en donde la conducta se deja regular adecuadamente, es denominada generalmente, en la moderna teoría del delito, como el "fundamento". Aquí se pone a la capacidad sobre el conocimiento del deber como requisito y esta capacidad lleva a que la voluntad se forme según el conocimiento del deber[238].

Sobre los delitos de omisión dice que la capacidad, según la cual se conduce el conocimiento del de-

[235] Kaufmann, *Lebendiges*, p. 184.

[236] Kaufmann, *Lebendiges*, p. 226.

[237] Kaufmann, Armin, *Die Dogmatik der Unterlasungsdelikte*, p. 138.

[238] Kaufmann, Armin, *Schuldfähigkeit und Verbotsirrtum*, p. 320.

ber, es fundamento particular de la voluntad, es un elemento propio de la culpabilidad. La capacidad de motivación es también capacidad de culpabilidad o de atribución. En ella, la capacidad de motivación es la de la inteligencia del injusto. Ella es exigida en la capacidad de motivación. En la capacidad de motivación trata Kaufmann[239] el concepto de poder actuar de otra manera. La diferencia entre requisitos generales de la culpabilidad son importantes, ante todo porque se los debe poner como fundamento de ésta, y serían, más que nada, sus requisitos o elementos propios[240].

Esta concepción abarca también un punto de vista práctico que sería, en general, un presupuesto previo de culpabilidad que se debe examinar. Se puede ver cómo la voluntad libre va a ser requisito fundamental de la culpabilidad. La capacidad de motivación, según el deber jurídico, exige la posibilidad del hombre de autodirigirse, la voluntad libre es una exigencia para que, en el acto particular, se encuentre tal capacidad de motivación.

Todo el problema de la libertad o de la discusión sobre esta cuestión se verá más adelante; sin embargo, el tema ha sido ya analizado por Kaufmann en la teoría de la capacidad de libertad.

Los delitos de omisión son el campo de utilización de las disculpas supralegales, a raíz de la no exigibilidad de causar un mal a valiosos intereses[241]. Kaufmann[242] trata la cuestión de la exigibilidad como un problema de la cuantificación de la culpabilidad. En este sentido, analiza la culpabilidad también sobre to-

[239] Kaufmann, *Die Dogmatik*, p. 239.
[240] Kaufmann, *Die Dogmatik*, p. 152.
[241] Kaufmann, *Die Dogmatik*, p. 152.
[242] Kaufmann, *Die Dogmatik*, p. 155.

dos los requisitos basados sobre el escalón del injusto. La disminución de la acción en el estado de necesidad, como acto de mantención de sí mismo, es una acción desvaliosa y lleva con ello a la medida de la culpabilidad. Acá es importante la capacidad de formación de la voluntad normal, en el caso que presupone la ley que el perjuicio a la posibilidad de la motivación, la exigibilidad, se funda no en el reproche de culpabilidad, sino en su cuantificación. Kaufmann pone a la exigibilidad detrás del reproche de culpabilidad, que es la materia, en la teoría de Maurach, en la relación del hecho causal[243]. Maurach, como vimos, había ordenado bajo el concepto de responsabilidad por el hecho al caso de la no exigibilidad. Kaufmann considera que el conocimiento del deber es un momento intelectual del reproche de culpabilidad, ante el cual se podría ver la cuestión de la exigibilidad.

§ 21. ***ACTUALES TENDENCIAS SOBRE LA CULPABILIDAD. TEORÍAS DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL.*** – El concepto de culpabilidad, tal como se ha venido sosteniendo, se ha asentado sobre la responsabilidad, y ésta, a su vez, en el reconocimiento de la libertad y la dignidad del hombre, situación en la cual tuvo mucho que ver la catástrofe que fue para el mundo el régimen del nacionalsocialismo[244].

Sin embargo, estas ideas que reconocen la libertad del hombre, aunque sea de manera condicionada, han sido cuestionadas con apoyo en dos argumentos: el primero de ellos, se basa en la tesis que sostiene que la disputa científica sobre la libertad del hombre

[243] Kaufmann, *Die Dogmatik*, p. 165.

[244] Lackner, Karl, *Insanity and prevention: on linking culpability and prevention in the concept of insanity*, en Esser, Albin - Fletcher, George, "Rechttfertigung und Entschuldigung", p. 90.

no puede ser resuelta ni en favor ni en contra del determinismo, motivo por el cual el concepto de libertad ha comenzado ha tomar una posición no sólo moderada, sino más aún, ha pasado a tener, como mínimo, una posición defensiva[245].

Quizás el argumento más fuerte utilizado en contra de la idea de libertad de voluntad del hombre, es que la ciencia actual no tiene un método que permita concluir, de manera científica, que un individuo pudo evitar, en un momento concreto, un acto que se considera contrario a la ley. No hay forma de saber científicamente que pasó en la inteligencia y en las emociones de un hombre, en el momento que mata a otra persona[246].

Cuando se refiere a estos problemas, Schünemann llega a la conclusión de que en la actualidad se han dado tres líneas fundamentales de pensamiento con respecto al tema de la culpabilidad. La primera de ellas es la que conserva el principio de culpabilidad como una ficción creada en favor del autor. Una segunda posición, que ha reemplazado la categoría de la culpabilidad por la de la responsabilidad, y una tercera posición, llamada teoría del *espacio de juego*, que intenta orientar la medición de la pena al baremo de la culpabilidad, dejándolo, sin embargo, abierto a las consideraciones de finalidad preventivo-generales y preventivo-especiales[247].

[245] Sobre el punto, Kaufmann, Arthur, *Das Schuldprinzip*, p. 279 y siguientes.

[246] Sigue vigente el importante trabajo de Gimbernat Ordeig, Enrique, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?*, en "Estudios de derecho penal", p. 57 y siguientes.

[247] Schünemann, Bernard, *La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo*, en "El sistema moderno del derecho: cuestiones fundamentales", p. 152.

a) *TEORÍAS QUE ACEPTAN LA CULPABILIDAD.* Esta primera posición parte de lo sustentado, entre otros, por Jescheck, al afirmar que "la posibilidad de determinación de la actuación descansa en la capacidad del hombre para controlar los impulsos que inciden sobre él y dirigir sus decisiones conforme a sentido, valores y normas"[248], de modo que pueda luego afirmar que la culpabilidad "significa que deben valorarse negativamente los principios orientadores por los que el autor se ha dejado llevar en la formación de la voluntad, y que cabe por ello reprocharle personalmente el hecho o, dicho más brevemente, culpabilidad es reprochabilidad en la formación de la voluntad[249].

Sin embargo, el razonamiento, aun en esta hipótesis, tiene como consecuencia que al no poderse encontrar un método para adentrarse en la determinación, de cómo una persona, en una situación concreta, pudo haber evitado cometer un acto ilícito, la mirada se dirija a comparar la conducta del individuo actuante en relación al comportamiento normal del ser humano. La pregunta queda reemplazada en ese sentido por la cuestión de si otra persona, esto es, una persona normal, en el lugar del autor y en esa situación habría podido actuar de un modo distinto al del autor del hecho.

Esto llevó a decir a Kaufmann que el problema se reduce a una ficción, en el sentido que la culpabilidad individual hace siempre referencia a ese hombre normal respetuoso de la ley y el orden[250].

También a los efectos de evitar esta ficción se llegó al concepto social de culpabilidad, en la cual la atribución de responsabilidad "no significaría un re-

[248] Jescheck, Hans H., *Tratado de derecho penal*, p. 369.

[249] Jescheck, *Tratado*, p. 364.

[250] Kaufmann, Arthur, *Das Unrechtsbewusstsein*, p. 282.

proche moral individual hacia la ofensa, sino más bien una evaluación social negativa de un acto cometido dentro de la vida social de un sistema libre. Lo que prevalece, entonces, es la desaprobación, que ha sido transformada de un reproche personal a un reproche social"[251].

Se termina por aceptar, como bien dice Lackner, que "la base para poder emitir un juicio de culpabilidad, descansa en la capacidad del hombre para ser motivado o determinado por las leyes, en su habilidad para poder monitorerar los impulsos transgresores dentro de sí mismo y procesarlos racionalmente, y como parte del mismo proceso, tener en cuenta las reglas morales y legales relevantes"[252].

b) *Teorías que reemplazan el concepto de culpabilidad por criterios de prevención general.* Planteado el problema desde el argumento que no hay posibilidad de probar científicamente la libertad del hombre, el pensamiento actual no tuvo otro remedio que analizar el tema de la culpabilidad en relación con las ideas de prevención. De allí la consecuencia lógica que la ley penal sólo debe sancionar la violación de los bienes jurídicos básicos que reconoce una sociedad libre.

En este marco importa mostrar las principales tendencias actuales, sin querer agotar el tema, ya que dado el estado de la cuestión es muy difícil llegar a conclusiones definitivas, aun dentro de cada una de las teorías que se han dado.

1) La teoría de Roxin es la que inicia, por lo menos de manera más ostensible, la teoría de la preven-

[251] Lackner, Karl, *Insanity and prevention: on linking culpability and prevention in the concept of insanity*, p. 908, siguiendo a Bockelmann, Paul, *Hegels Notstandeslehre*.

[252] Lackner, *Insanity and prevention*, p. 905.

ción general, sin perjuicio de afirmar que detrás de esta posición se encuentran ideas de Feuerbach. En varios trabajos, ha desarrollado su tesis, hasta terminar, últimamente, con su primer tomo de la parte general, que resume y sintetiza su pensamiento[253].

Roxin parte de la teoría neokantiana que buscó, desde siempre, desarrollar un sistema teleológico, y que, en parte por los problemas políticos y, en parte por la orientación dogmática de Welzel, más tarde, con las llamadas estructuras lógicas de la cosa, que se desarrolló desde 1935[254], no pudo concretar sus ideas sistemáticas de finalidades de política criminal, dentro de la dogmática penal[255].

En la base del sistema está, pues, la idea de fin, especialmente de un fin de política criminal, que alcanza a todas las categorías del delito, que son influenciadas por la teoría de la pena. De ahí, que se pueda decir que Roxin propone, tal como lo había hecho anteriormente el neokantismo, la idea de una vuelta al pensamiento político, como objeto de un interés científico, y desde aquélla influir sobre la dogmática penal.

El método neokantiano consistía, en materia penal, en la utilización de la política criminal, en las categorías del delito y en una metodología de relaciones de valor en esas mismas categorías. Se podría decir que la tesis de Roxin, desde esta perspectiva, es la introducción de valores en el derecho penal. La meta que intenta alcanzar Roxin es orientar las categorías del delito al deber ser de la política criminal y ello con

[253] Roxin, Claus, *Allgemeiner Teil, Band I. Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehere.*

[254] Welzel, *Naturalismus*, p. 29 y siguientes.

[255] Amelung, Knut, *Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación política criminal de Roxin*, en "El sistema moderno de derecho penal: cuestiones fundamentales", p. 94.

un método que toma en cuenta las relaciones de valor. Es en este punto donde su posición es sin duda novedosa.

Visto así, el problema del tipo penal estará basado en la exigencia que conlleva la proposición *nullum pœna sine lege*. El campo de la antijuridicidad, por otra parte, se ve envuelto por la solución de conflictos sociales. En el campo de la culpabilidad, es donde se cierra el sistema, llegando al extremo de cambiar todo el contenido de esta categoría, empezando por el mismo nombre, que pasará a denominarse *responsabilidad*[256].

c) *Función del tipo penal*. El tipo penal sirve al desarrollo del principio *nulla pœna sine lege*[257]. La determinación de este fin es en principio formal. Es decir, la proposición del *nulla pœna* sólo brinda la forma, pero no asegura en cambio el contenido del tipo penal. Para Roxin, el legislador tiene dos métodos fundamentales para la tipificación de las conductas. Por una parte, la descripción de conductas lo más precisamente posible, éstos son los tipos penales de los denominados delitos de acción, por ejemplo, el art. 79 del Cód. Penal, que describe el homicidio. El segundo método, lo describe como "delitos que consisten en la infracción de un deber" (*Pfichtdelikte*). No le interesa la cualidad externa de la conducta del autor, dado que el fundamento de la sanción radica en que éste viola exigencias que se derivan o surgen del papel social que desempeña en la sociedad.

Al ser delitos de infracción de un deber, su esencia está en que, cuando se determina el presupuesto de

[256] Amelung, *Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal*, p. 95.

[257] Roxin, *Política criminal y sistema del derecho penal*, p. 15.

hecho de la norma penal, se tiene que hacer referencia a deberes que se han creado entre las personas, pero fuera del ámbito penal.

En estos delitos, Roxin deduce que se ha violado un deber. El ejemplo que trae el autor es el § 266 del Cód. Penal alemán, similar o semejante al art. 173, inc. 7°, del Cód. Penal argentino, en el cual es indiferente la manera en que el autor realizó el hecho, si lesiona su deber de fidelidad "de una manera perjudicial para el patrimonio"[258]. Es claro entonces que los deberes están fuera del ámbito penal. De este planteo, mirando el principio del *nulla pœna*, se descubre que, para el Estado de derecho, el problema no radica en la falta de descripción de la acción, sino "en la vaguedad de los deberes a que se refiere"[259]. En cambio, si los deberes están delimitados, se cumplen las exigencias del principio antes enunciado.

De esta distinción, Roxin deduce que lo normativo está en función de lo que acaece en la realidad social, de modo que las distinciones dogmáticas deben respetarla. Los deberes están conformados en la realidad social y el derecho debe protegerlos. En los delitos de acción, en cambio, el autor pone en peligro la paz social en espacios que, por imperativo del derecho, deben quedar en paz.

Esta diferencia marca consecuencias dogmáticas: en los delitos de infracción del deber, es indiferente que la violación al deber se haga por acción o por omisión. Sólo en los delitos en que se describen acciones, la distinción sí importa; es más, el problema reside en cómo –por omisión– se puede actuar de la manera descripta en el tipo penal. Roxin defiende la tesis por

[258] Roxin, *Política criminal*, p. 44.

[259] Roxin, *Política criminal*, p. 44.

la cual en los delitos de acción es más fácil hacer la equiparación si se incluye en ellos la violación de un deber. En los casos de la madre que deja morir de hambre a su bebé o del médico que deja morir al paciente por falta de atención, es obvio que se violan deberes que están previamente conformados socialmente. No hay diferencia en que estos delitos se perpetren por acción o por omisión; es más, poco importa si el autor mata dando una dosis excesiva o no dando la dosis. Es que "en el ejercicio de oficios sociales independientes del derecho penal –alimentar niños, cerrar puertas, cambiar las agujas, adoptar medidas jurídicas, etc.–, se determina la significación del hacer o del omitir únicamente por su situación valorativa en su relación social y de aquí se obtiene su relevancia típica"[260]. La síntesis es la crítica a los delitos de omisión impropios y la tendencia a la creación de tipos penales de omisión, evitando que el juez actúe de manera semejante al legislador. Todo ello, según Roxin, teniendo en cuenta el principio de la política criminal, rector de la teoría del tipo.

Esto también tiene sus consecuencias en la teoría de la participación. Hay aquí un problema de tipo, en cuanto debe decidirse hasta qué punto se puede subsumir una conducta en las descripciones del delito, fundando la autoría. Si no se tiene en cuenta esta teoría del tipo, hay actos que serían preparatorios y luego pasarían a ocupar el lugar de actos ejecutivos. Nuevamente Roxin diferencia los delitos de acción de los delitos de deber, teniendo en cuenta la diferente estructura típica de ambos. "En los delitos de acción es autor quien domina la respectiva acción típica; aquí decide por tanto el dominio del hecho. En los delitos

[260] Roxin, *Política criminal*, p. 46.

consistentes en la infracción de un deber, al contrario, actúa típicamente sólo quien lesiona el deber extrapenal, sin que interese en lo más mínimo el dominio del suceso externo"[261]. El administrador será autor, mientras el tercero sólo podrá llegar a ser cómplice (aunque domine la situación), porque el primero es quien viola el deber.

Así, Roxin toma partido en la discusión del lugar del dolo, haciendo jugar su teoría del tipo. Deduce que el lugar es en el tipo, debido a que en un Estado de derecho no se pueden describir como acontecimientos causales las lesiones de deber y las acciones. Y esto es así porque en un sistema causal se hace una extensión de la pena, que no condice con el Estado de derecho.

En igual sentido, Roxin replantea el problema de los delitos culposos haciéndolos jugar como delitos de infracción al deber. Sólo se concreta un correcto tipo penal del culposo y con ello la determinabilidad, si se sistematizan los deberes en el tráfico, que completan la norma y que se formulan en una ley en blanco. Por ello, la limitación a la teoría de la equivalencia en la causalidad viene por este ámbito, debido a que todo puede llegar a ser abstractamente previsible. La determinación del deber y del riesgo permitido o del principio de confianza, son el ejemplo al que hay que acudir para la tipificación de los deberes.

Lo hasta aquí descripto se refiere a los efectos dogmáticos de la sistematización del tipo. Las aclaraciones metodológicas deben también orientarse por este principio jurídico rector. Roxin insiste en la interpretación restrictiva del tipo, que une al principio del *nullum crimen* y a la naturaleza fragmentaria del derecho penal, de manera que se atrape en la pu-

[261] Roxin, *Política criminal*, p. 49.

nibilidad lo indispensable para el bien jurídico. Roxin propone la teoría de la adecuación social, no como característica del tipo, sino como auxiliar interpretativo para restringir a éste que, en su tenor literal, acoge conductas socialmente admisibles. También juega un importante rol el principio de insignificancia, que incluye de pena a los daños de poca monta.

Todo lo explicado, versión casi textual de la obra de Roxin, apunta a una idea base del autor. Éste se ocupa del tipo penal, pero asignando a la decisión de política criminal un papel fundamentador, sin función dogmática, por lo cual arranca de una fórmula adecuada con contenido político, diferenciándose, como se dijo al principio, de von Liszt, en cuanto a que éste sostenía que el derecho penal era la barrera de la política criminal.

Se ve aquí la función de la política criminal, en conjunción con el derecho constitucional, basado en la medida dada por la situación, la necesidad y la idoneidad de una reacción penal. La pregunta ya no será si una acción es prohibida y, además, penalizada. La cuestión no es, por lo tanto, abstracta, pues se trata del análisis de los tipos penales concretos de la parte especial, y decidir el porqué de la reacción penal, cuando era posible otra reacción del derecho, sea en el ámbito civil, en el disciplinario, o en el constitucional. Hay que hacer aquí algunas precisiones; la reacción penal se produce cuando el legislador no quiere someter los bienes jurídicos al riesgo de una lesión o, dicho de otra forma, la prevención general aconseja que a los bienes jurídicos valiosos se los proteja penalmente. También debe actuar el derecho penal para buscar formas resocializadoras que no conoce el derecho civil. Juegan nuevamente los principios de prevención, tanto especial como general, de manera que la reacción penal sea la única que garantice suficiente-

mente la preservación del bien jurídico. La reducción de tipos de la parte especial, sobre la base de estas consideraciones, concreta la teoría del tipo de Roxin.

d) *Función de la antijuridicidad.* La problemática de las causas de justificación tiene por objeto la solución social de conflictos[262]. Aquí penetra en la teoría del delito la dinámica de los cambios sociales. Esto también había sido advertido por Schaffstein, al analizar la solución de conflictos de intereses.

El problema lo estudia Roxin de la siguiente forma: lo que es una detención ilegal, un allanamiento de morada, tiene sus límites fijados idiomáticamente. Sin embargo, las causas por las cuales se permite la entrada en morada ajena o la detención de una persona cambian constantemente. La vida social hace que se creen o anulen causas de justificación. Por ejemplo, problemas de vacunación forzosa o cambios en las concepciones del derecho de corrección, hacen que varíen las causas de justificación, según lo exija cada situación. Para ello no basta sólo con el cambio de la ley, sino que la misma creación consuetudinaria y jurisprudencial lleva a la aparición de nuevas causas que eliminan la antijuridicidad. El ejemplo de las causas de justificación supralegales son, sin duda, el mejor y más conocido.

Desde esta función político-criminal, se debe acometer la sistematización de esta segunda etapa de la teoría del delito. El legislador, con un número limitado de principios, determina el contenido de cada una de las causas de justificación. En la legítima defensa, por ejemplo, son los principios de autoprotección y de la prevalecencia del derecho los que sirven a la regula-

[262] Amelung, *Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal*, p. 99.

ción legal. Toda persona tiene derecho a defenderse. Pero a ello se suma la idea de que siempre el derecho debe triunfar, que no debe ceder al ilícito, desplazando en ciertos casos al principio de ponderación de bienes y aun al de autoprotección. El límite se encuentra "en el principio rector de todo el ordenamiento jurídico, de la proporcionalidad, que conduce a la renuncia de la legítima defensa en los casos de absoluta desproporcionalidad de los bienes que están en conflicto"[263].

En las demás causas de justificación juegan la combinación de estos principios. En el estado de necesidad defensivo, por ejemplo, se unen el principio de autoprotección y el principio de ponderación de bienes (no el de prevalecencia por no haber agresor). En el denominado estado de necesidad supralegal, convergen el principio de ponderación de bienes y el de autonomía ética del hombre.

En base a estos principios, Roxin intenta solucionar algunos problemas de las causas de justificación. En la cuetión de la dogmática de la legítima defensa, que ha llevado en la actualidad a la decisión de evitar el encuentro en casos de ataques a niños, de enfermos mentales o de agresiones provocadas culpablemente. Se puede acordar con la siguiente propuesta de Roxin: "Si la necesaria autoprotección no exige lesión del agresor, sólo podía permitirse ésta por el principio de prevalecencia del derecho. Pero este principio, de acuerdo con sus premisas político-criminales, no puede regir para los niños y enfermos mentales, porque el ordenamiento jurídico no necesita imponerse a las personas que no pueden motivarse por las normas infringidas por ellos y que, precisamente por esto, quedan

[263] Roxin, *Política criminal*, p. 58.

impunes. Y tampoco rige este principio, como ya he intentado demostrar en un análisis que aquí no voy a desarrollar más detenidamente, en los ataques provocados culpablemente, porque el atacado en tal caso puede apartar de sí los daños, pero, a causa de su correspondencia en el suceso, no puede hacer valer al mismo tiempo los intereses de todo el ordenamiento jurídico"[264].

Con esto intenta demostrar Roxin que, a causa de las diferentes finalidades político-criminales, se debe proceder de un modo distinto en la dogmática de las causas de justificación y en la del tipo. Las causas de justificación no sirven para describir acciones. El derecho positivo puede imponer criterios rectores de conductas. Esta tarea de desarrollar los criterios jurídicos ordenadores se debe hacer de una manera diferente que al interpretar los tipos. Hay que proyectar aquí una fenomenología distinta para cada constelación de los supuestos de hecho de las causas de justificación. La inmediata tarea consiste en señalar, en cada causa de justificación, los principios de autoprotección, de prevalecencia del derecho y de proporcionalidad, por ejemplo, como indicadores del camino, en el caso de la legítima defensa. Esta interacción entre la materia jurídica y los criterios de conductas otorga a la precisión político-criminal un alto índice de seguridad[265].

La política criminal, la dogmática y la metodología permiten sacar conclusiones en el ámbito del principio *nullum crimen*, en los derechos de intervención. Roxin hace valer aquí el art. 103, inc. 2°, de la Const. alemana, e interpreta que cuando la Constitución habla de ley, no se refiere a la ley penal, sino a todo el

[264] Roxin, *Política criminal*, p. 60 y 61.

[265] Roxin, *Política criminal*, p. 60 y 61.

ordenamiento jurídico, habida cuenta que de él surgen las causas de justificación. Si bien puede existir un socavamiento del principio *nullum crimen*, el límite está dado por el mandato de determinación, "en tanto que es inadmisible interpretar un principio legal regulador superficialmente por regulaciones motivadas político-criminalmente o restringirlo sin base legal"[266].

e) *Función de la responsabilidad*. Este tercer estrato del sistema de Roxin consiste en la comprobación de si el autor es merecedor de pena[267]. Como se sabe, este tercer nivel de la teoría del delito se llama normalmente "culpabilidad". En cambio, para Roxin es la "responsabilidad".

De acuerdo a lo expuesto hasta este punto, la culpabilidad era entendida como la capacidad de actuar conforme a la norma. Pues bien, Roxin afirma que esto no es lo decisivo, para lo cual acude al concepto de responsabilidad.

Según el sistema de Roxin, la culpabilidad tiene que ver con la capacidad de poder determinarse conforme a las normas. Sin embargo, esto no es suficiente para la imposición de una pena, ya que junto con la culpabilidad debe existir la responsabilidad, esto es, que la sanción penal exige la necesidad de una reacción en términos de prevención general o especial. Y ésta está ausente cuando existen las causas de exclusión de la responsabilidad, esto es, el error de prohibición, el

[266] Dice el art. 103 de la Constitución alemana: "1. Todos tienen derecho a ser oídos legalmente ante los tribunales. 2. Un acto sólo podrá ser penado si el delito estaba establecido por ley antes de cometerse el acto. 3. Nadie podrá ser penado más de una vez por el mismo acto en virtud de las leyes penales generales". Ver Roxin, *Política criminal*, p. 64.

[267] Amelung, *Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal*, p. 104.

estado de necesidad disculpante y el exceso en la legítima defensa, por lo menos, en la regulación del Código Penal alemán. La responsabilidad está, sin duda alguna, en función de consideraciones de política criminal, y éstas en la necesidad o no de pena[268]. También se deberá discutir seriamente si las medidas de seguridad deben ser abarcadas por los criterios de política criminal.

La cuestión exige una puntual descripción del deber de la política criminal, que excluya la responsabilidad a través de la norma y, los fines de éstas, son las metas de prevención, tanto especial como general. Sobre la base de esto, es obvio que son distintas las metas o fines en las penas que en las medidas de seguridad. En éstas se alcanzan fines de prevención especial, no así en el caso de las penas.

Por ello, la utilización del derecho penal, debe ser el último medio o *ultima ratio* por parte del Estado frente a las acciones antijurídicas.

Para fundamentar su tesis, Roxin acude a una serie de instituciones jurídicas que no podrían ser explicadas en su totalidad por la dogmática penal.

1) En el estado de necesidad exculpante (§ 35, Cód. Penal alemán) se excluye la pena, según el autor mencionado, debido a que no es necesario ningún efecto, tanto de prevención especial como de prevención general. Esto se funda en que el autor que se halla en la situación del § 35, está en condiciones de realizar la acción. Sin embargo, a pesar de la posibilidad de realización del ilícito, al haber sido realizado en estado de necesidad, las exigencias preventivas no hacen necesaria la pena.

[268] Amelung, *Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal*, p. 105.

2) Lo explicitado anteriormente tiene también validez para el exceso en la legítima defensa, en el cual se exime de pena o se la disminuye, según los criterios de prevención.

El problema se suscita con el § 20 del Cód. Penal alemán, equivalente al art. 34, inc. 1°, del Código argentino, en cuanto al análisis de cuál es la causa por la que se exime de pena en los casos de que no exista capacidad de culpabilidad. En este orden, Roxin afirma que "en la capacidad de culpabilidad el punto de vista preventivo impone su valor de una forma más compleja que en los restantes presupuestos de la responsabilidad jurídico-penal. Pues en éstos se puede separar claramente los elementos correspondientes a la culpabilidad y a la prevención: se determina, primeramente, el de poder de actuar de otro modo, constatando una culpabilidad, aunque atenuada y, sin embargo, se exculpa, si el caso así lo requiere, en consonancia con las reflexiones basadas en los fines de la pena que sirven de fundamento a la respectiva causa de exclusión de exculpación"[269].

Para salvar el problema se ha buscado diferenciar entre causa de exculpación y causa de exclusión de la culpabilidad. Lenckner[270] afirma que el criterio de política criminal sólo se aplica a las causas de exculpación. En tanto que el error de prohibición y la incapacidad de culpabilidad, sólo sería explicable desde la esencia de la culpabilidad. Demás está decir, que Roxin considera a esta división de manera escéptica, ya que insiste en que los criterios de política criminal

[269] Roxin, Claus, *Zür jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantworlichkeit*, en "Strafrecht Fest. für Bockelmann", p. 279 y ss., las ideas han sido ahora claramente desarrolladas en *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, § 19 y 20.

[270] Lenckner, Theodor, *StGB*, § 15.

se hacen extensivos tanto sobre el error de prohibición como en la incapacidad de culpabilidad.

En cambio, y éste es un problema no resuelto en la teoría del profesor de München, la culpabilidad se presenta, cual fantasma, como forma de limitar la pena. Los esfuerzos de Roxin para limitar que el Estado aplique penas draconianas, se manifiesta tanto en la idea de prevención general positiva, como en la culpabilidad limitadora de las sanciones.

Da allí las dudas que generan las posiciones cercanas a Roxin. Por una parte, tarde o temprano, deben recurrir a la culpabilidad, ya que necesitan, por convicción, limitar el poder estatal. Con ello, tienen necesariamente que acudir a la culpabilidad y a categorías que habían rechazado previamente, esto es, la voluntad libre y la posibilidad de otra conducta.

Y, por otra parte, no se responde a la pregunta de por qué, si por razones de prevención es necesario castigar al inculpable, el Estado no lo deba hacer, con lo cual el Estado de derecho y las garantías mínimas de los hombres frente al poder quedan debilitadas.

f) *Teoría funcional de la culpabilidad de Jakobs.* Para Jakobs[271], tomando especialmente lo afirmado en su tratado, se puede sostener un concepto funcional de la culpabilidad, basado en parte en la teoría de la prevención general.

En la culpabilidad se resalta la caracterización del autor. La pena será impuesta con el fin de conservar la fidelidad general a la norma. Según el fin de la pena, aparece enderezado el concepto de culpabilidad. Se debe ver entonces que la pena funciona con el fin de estabilizar el orden jurídico, alterado por la acción

[271] Jakobs, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 17, p. 383 a 392.

del autor que actuó con un defecto en la motivación. Para Jakobs, esta falta de motivación aparece en todos los estratos del delito. En la acción típica y antijurídica, por ejemplo, el centro del sistema es la acción del autor, si no aparecen dominantes motivos que permitan evitar su acción ilícita. La existencia de una acción estará atada al poder de motivación del autor, ya que la acción es sólo tomada como un sentido impreso al contenido, esto tanto en el dolo como en la culpa.

En la antijuridicidad se carece del contenido recto de la motivación, y ella se funda en una falta de fidelidad al derecho. Jakobs distingue aquí entre el contenido de la norma y el reconocimiento de ella. Sólo se requiere la posibilidad del conocimiento de la norma. Si el injusto aparece, lo decisivo es la fidelidad al derecho, y esto es un problema de la culpabilidad.

Por medio de la capacidad de culpabilidad se va a analizar si el autor pudo distanciarse de la acción antijurídica. Para medir esto se debe apreciar el sistema psicofísico del autor, que se debe formar como en el concepto de acción. Se debe ver si la acción es cosa del autor, como algo propio de él. Aquí se une al problema de la motivación –es decir al de la culpabilidad– y el problema de la precisión de los deberes del autor.

Para determinar la culpabilidad se debe estipular cómo la presión social, puede ser atribuida o cargada a la culpabilidad del autor, como molestias tanto de la sociedad, como de terceros, por el hecho de vivir en sociedad.

De tal manera que definir la culpabilidad, depende en gran medida de la constitución de la sociedad o de un sistema social. Pero también hay que ver el problema desde el fin de la pena. En síntesis, el concepto de culpabilidad es funcional, formado como concep-

to. Es una regulación según la exigencia del fin de la pena, para una sociedad con una precisa constitución.

Con esto quiere decir Jakobs, que el concepto de culpabilidad es formal, de manera que sólo la finalidad da contenido a la culpabilidad. El fin es el reconocimiento de la norma. Pero la determinación de la culpabilidad implica ver a quién le corresponde cargar con el conflicto.

Las argumentaciones de Jakobs se apoyan en la elaboración de Luhmann. Según este último autor, las normas designan las "expectativas estabilizadas de comportamiento contrafáctico o normas cuya validez es experimentada como independiente de su cumplimiento fáctico"[272]. De todo ello se deduce, como dice Stratenwerth, siguiendo el razonamiento del autor citado, "que la lesión de la norma, el defraudar la expectativa de comportamiento, puede ser realizado de tal manera que no ponga en cuestión la validez de la norma y esto ocurre mediante la imputación de la discrepancia"[273]. De manera que imputación y culpabilidad son un procedimiento –según Jakobs– por el cual "se aísla de entre las condiciones dadas correspondientes al hecho que defrauda la esperanza, una que se constituye en la única jurídica y penalmente relevante, a saber, la falta de motivación"[274].

La imputación del hecho como culpable, como se ha visto, es sólo necesaria cuando no puede la lesión a la norma ser absorbida de otra manera. El caso de los inimputables y de los autores de delitos sexuales aparece como claro ejemplo de la función de prevención. De ahí que diga Jakobs que la finalidad es, por

[272] Luhmann, Nikolas, *Rechtssoziologie*, p. 43.

[273] Stratenwerth, Günther, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, p. 105.

[274] Jakobs, Günther, *Schuld und Prävention*, p. 13 y 14.

lo tanto, solamente lo que califica la imputación de un comportamiento contrario a la norma a título de culpabilidad; sólo esta finalidad otorga su contenido al concepto de culpabilidad.

El principio de culpabilidad aparece "como derivado de la prevención general", con lo cual se quiere significar, al mismo tiempo, que no resulta apto para establecer límites a la intervención del Estado en favor de la prevención general. El conflicto sólo puede existir con respecto a puntos de vista preventivos especiales, es decir aquellos que no han penetrado en la culpabilidad[275].

g) *Funciones de la culpabilidad según Achenbach.* Por su lado, este autor parte del supuesto de diferenciar las funciones de la culpabilidad. Sobre esta base, afirma que existe una idea de culpabilidad, la culpabilidad como fundamento de la pena y, por último, la culpabilidad como medida de la pena.

En el primer nivel, se afirma la idea de culpabilidad con rango constitucional, en cuanto no puede haber pena sin culpabilidad. Se trata del fenómeno de la culpabilidad entendido como límite al poder del Estado y la justificación de la pena. Los temas básicos son la libertad y la culpabilidad por el hecho. El problema, para Achenbach, es que estos datos no se pueden ir a buscar en la dogmática penal, sino que se encuentran en principios metajurídicos, esto es, en la filosofía, la sociología y la antropología.

El segundo nivel, esto es, la culpabilidad como fundamento de la pena, es su concepto dogmático-penal, y tiene como función la de fundamentar o excluir la sanción penal. Se estudia si el dolo pertenece a la

[275] Jakobs, *Schuld und Prävention*, p. 32.

culpabilidad o al tipo, la capacidad de culpabilidad y la conciencia de la antijuridicidad.

En el tercer nivel, esto es, la culpabilidad como medida de la pena, ésta tiene la función de servir a la mensuración de la sanción penal. El análisis de si el hecho doloso se castiga con mayor rigor, el efecto del desvalor de acción y de resultado, es el ámbito de estudio en este nivel.

Lo que une a estos tres niveles es que son presupuestos de la pena. La idea de culpabilidad tiene que ver con el "por qué" de la pena. La culpabilidad atañe a la afirmación de la pena, en tanto la culpabilidad como medida se relaciona a la idea de cómo se aplica la pena.

Ahora bien, la idea de culpabilidad, lógicamente, debe separarse de los otros dos conceptos de culpabilidad, en tanto y en cuanto no está legalizado y, por lo tanto, sólo son ideas de lo que debería ser la culpabilidad o, si se quiere decir de otra manera, sólo son proyectos de un concepto de culpabilidad[276]. Además, históricamente la determinación en concreto de la culpabilidad no se corresponde con las diferentes ideas que se han tenido sobre ella.

La teoría dogmática de la culpabilidad, conforme Achenbach[277], se basa en la prevención general positiva. Se trata de analizar la imputación subjetiva, que se puede deducir y limitar desde criterios sólo preventivos. Este fundamento de la imputación individual es la prevención de integración. "Recoge la necesidad colectiva o individual de retribución y venganza en un

[276] Achenbach, Hans, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechssystematischen Schuldlehere*, p. 8 y siguientes.

[277] Achenbach, Hans, *Individuelle Zurechnung, Verantworllichkeit, Schuld*, en "Grundfragen des modernen Strafrechtssystem", p. 140.

procedimiento ordenado jurídicamente y demuestra la validez de la norma de conducta lesionada mediante la sanción manifiesta, para garantizar así la orientación normativa de la comunidad jurídica y las reglas elementales.

Se trata de un ejercicio de fidelidad en el derecho, es decir, de una relación entre lesión normativa y sanción, entendida de modo social-psicológico. Atañe al mantenimiento de la fuerza motivadora de las normas sociales más importantes. Se trata, dicho de otro modo, de la prevención de integración de la asimilación de la frustración de expectativas, pero junto a ello hay que colocar siempre también la cuestión de la legitimidad o ilegitimidad de tales expectativas de conductas sancionadas jurídica y penalmente[278]. Sin embargo, la prevención especial no tiene relación sobre la fundamentación de la imputación individual, ya que no se relaciona con el fin de la pena[279].

De esta manera, Achenbach sostiene que no existe una culpabilidad real fuera de la imputabilidad social de responsabilidad. En este marco se debe colocar el "poder de actuar de otro modo" y, al hacerlo, se constata que no tiene un substrato real que se deba probar, sino que es una proposición normativa que establece "un poder actuar de otro modo distinto en el sentido de las expectativas normativas hechas a un hombre sano". De allí que sea la imputación social del poder[280].

[278] Achenbach, *Individuelle Zurechnung*, en "Grundfragen des modernen Strafrechtssystem", p. 142 y 143.

[279] Achenbach, *Individuelle Zurechnung*, en "Grundfragen des modernen Strafrechtssystem", p. 146.

[280] Achenbach, *Individuelle Zurechnung*, en "Grundfragen des modernen Strafrechtssystem", p. 148 y 149.

La prevención no aparece, pues, limitada por la culpabilidad sino que, en sí misma, tiene un inmanente límite en sentido normativo[281].

h) *La teoría de Streng.* Tiene su punto de partida en la prevención general positiva, pero con base en la teoría psicoanalítica, con lo cual intenta unir a la culpabilidad, la retribución y la prevención general[282].

El delito crea necesidades sociales de retribuir la comisión de este hecho que tiene, en principio, tres fuentes: *1*) la necesidad de asegurar y reformar los tabúes del *super yo* y con ello de conjugar el peligro de infección social que el delito trae consigo; *2*) la necesidad de resarcir o premiar simbólicamente a los ciudadanos por haber reprimido sus impulsos delictivos, la renuncia al delito se sustituye por la satisfacción del sentimiento de justicia, y *3*) la necesidad de venganza de la víctima y del grupo afín que lo rodea.

Sólo la primera requiere retribución, con lo cual la función primordial de la pena es confirmar el orden valorativo que se encuentra arraigado en el *super yo*, en el sentido dado a la palabra por Freud. Y ésta es la llamada prevención general positiva o *prevención profunda*[283], en contraposición a la prevención consciente, que sólo podría tener una eficacia secundaria en la intimación[284].

Sobre la base de este esquema, la culpabilidad aparece como una forma de salvaguardar las necesidades de pena que tiene la sociedad, basadas en expectativas sociales y, con ello, a la fidelidad de la nor-

[281] Achenbach, *Individuelle Zurechnung*, en "Grundfragen des modernen Strafrechtssystem", p. 150.

[282] Streng, Franz, *Freiheit ohne Schuld*, p. 273 y siguientes.

[283] Streng, *Friheit ohne Schuld*, p. 680.

[284] Streng, *Friheit ohne Schuld*, p. 674.

ma de la generalidad. De ahí su sentido de prevención general. "La imputación de culpabilidad y la pena impuesta al autor son expresión de las necesidades de autoestabilización del otro ciudadano frente al autor del hecho"[285].

Habrá que analizar en un futuro y, desde la perspectiva psicoanalítica, si es necesaria la pena como tal, o si ella puede ser reemplazada por otras medidas, que ayuden o confirmen la norma que cuida los bienes jurídicos. No hay que olvidar que también en la teoría psicoanalítica, la voluntad de libertad de la actividad del yo, como ser consciente, está seriamente en duda, debido a que las acciones del hombre pueden llegar a estar determinadas por la actividad del inconsciente[286].

§ 22. ***LA FUNCIÓN DE LA CULPABILIDAD EN LA MEDICIÓN DE LA PENA.*** – Sobre este punto, afirma Schünemann que la necesidad de la pena surge exclusivamente de consideraciones preventivas, no obstante lo cual, la culpabilidad debe mantenerse como base complementaria de legitimación. "La finalidad preventiva fundamenta la necesidad de la pena, el principio de culpabilidad limita su admisibilidad"[287]. Sin embargo, esta posición tampoco puede ser admitida, pese a la mayoría doctrinaria que la sustenta, ya que, si es insuficiente para fundamentar la pena en sí, tampoco alcanza para poder ser barómetro de su medida. Con lo cual, acierta –desde su perspectiva– otra vez Schünemann, cuando afirma que "una pena que sirve única-

[285] Streng, *Friheit ohne Schuld*, p. 289.

[286] En este aspecto es relevante el trabajo de De Gregorio, Jorge, *Lo inconsciente y la ley. La ley en lo inconsciente*, p. 1 y siguientes.

[287] Schünemann, Bernard, *Grudfragen des moderns Strafrechtssystems*, p. 172.

mente a una función preventiva, sólo puede ser determinada, en lo relativo a su contenido, por el mismo fin preventivo y su magnitud se debe establecer también desde un punto de vista preventivo"[288].

Para ello se propone un cambio de orientación táctica, al abandonar por completo la culpabilidad, en el sentido retribucionista, y aceptar un concepto de culpabilidad como límite superior de la pena, que tenga que ver con el poder de evitación del autor. Con ello, pasan a primer lugar las consideraciones que atañen al valor del bien jurídico lesionado, la peligrosidad de la motivación del autor que se revela en el hecho y otras circunstancias subjetivas[289].

§ 23. ***CRÍTICA DE LAS POSICIONES.*** – No hay duda que el Estado, al dictar sus leyes, lo hace con la finalidad de proteger los bienes jurídicos, y como medio para garantizar la coexistencia pacífica de las personas. El fin de las normas, y con ello de la pena, está en evitar toda futura infracción a los intereses legales con la creación e implementación de nuevas normas, con lo cual sería deseable, a nivel de prevención general, tratar de estimular una conciencia colectiva de los valores en juego, a los efectos de disuadir a las personas de perpetrar delitos y, en el ámbito de la prevención específica, resocializando, disciplinando o simplemente deteniendo al infractor, más allá que, al aplicar una sanción, ella sea retributiva.

Sin embargo, cuando se aplica una sanción, se debe tener en cuenta al destinatario de las normas, que es el individuo, que debe ser considerado como un ser

[288] Schünemann, *Grudfragen des moderns Strafrechtssystems*, p. 173.

[289] Schünemann, *Grudfragen des moderns Strafrechtssystems*, p. 175.

autónomo y libre, dentro de una sociedad libre, no sólo por la Constitución, para la defensa de sus derechos fundamentales, sino por todo el ordenamiento jurídico. Por tal razón, el principio de culpabilidad debe mantenerse.

No obstante, y tal como se ha visto, la discusión lleva inevitablemente a un círculo vicioso. El problema estriba en la imposibilidad científica de probar la liberad del hombre, sin la cual es difícil aceptar la categoría de la culpabilidad. Y a su vez, de no aceptarse ésta, la dignidad del ser humano comienza a peligrar, *no tanto desde la teoría, sino desde la práctica.*

La cuestión está, entonces, en poder encontrar una línea interna entre la culpabilidad y la prevención. Y ésta puede darse cuando se advierte cuál es el límite del llamado de atención a la conducta colectiva que se produce necesariamente en cada acto de censura ético social. Este llamado de atención, sólo tiene sentido si se dirige a quien tiene capacidad para entenderlo. La exigencia está en que el castigo sólo se imponga a quienes tengan capacidad de culpabilidad, descartando a quienes no lo tengan, como es el caso de la imputabilidad y el error de prohibición.

Quizás, el campo en donde el tema no sea discutible, es en los supuestos en que no es admisible la imposición de pena a las personas que, por su condicionamiento biológico, pueden ser receptores de las normas.

Y esto lleva a entrar, por lo menos tangencialmente, en el problema de la libertad del hombre. No parece posible aceptar la afirmación de Jakobs, en cuanto la libertad es una categoría del conocimiento no conocida por el derecho[290].

[290] Jakobs, *Strafrechtliche Schuld ohne Willensfrieheit*, en "Aspekte der Freheit", p. 80.

Por otra parte, lejos estamos de aceptar la total libertad del hombre, sin ningún tipo de condicionamientos o de la libertad en sentido absoluto, esto es, como total falta de necesidad. Con lo cual sólo queda por aceptar un concepto de libertad totalmente relativo y acotado. Esto quiere decir que, como mínimo, ella se debe ver en un hombre concreto entrampado en un complejo dependiente de relaciones causales.

Por lo tanto, la exigencia en el derecho penal está dada por el análisis de la conducta del hombre como un dato de su capacidad espiritual.

Ello es así porque la voluntad libre no puede tomarse como objeto de conocimiento, al igual que los objetos físicos. Como dice Hruschka, no puede verse, ni olerse, ni sentirse la voluntad del hombre. Esto es, no hay un conocimiento directo de ella, pero sí puede darse una conciencia mediata, de modo que el observador pueda percibir si ella es obra de una voluntad sin libertad o, decididamente, de la necesidad[291].

Es que no estamos ante un objeto de la ciencia natural. La opinión contraria, por cierto influenciada por el positivismo, peca por ingenua, en cuanto pretende captar la esencia del hombre, desde aquella perspectiva científica[292].

De allí que frente al fenómeno psíquico, que es de sustancia espiritual, se exija una visión igual en el observador. La idea positivista de aceptar como ciencia sólo lo que es hechos medibles, no es soportable. Por ello se puede afirmar que, si bien no puede ser cono-

[291] Hruschka, Joachim, *Fest. für Kleinknecht*, p. 201, y *Strukturen der Zurechnung*, p. 6.

[292] Tampoco el concepto de ciencia es unívoco. Al respecto puede verse el libro de Klimosky, Gregorio, *Las desventuras del conocimiento científico*, p. 2 y siguientes.

cida la voluntad como tal, sí en cambio puede serlo en cuanto manifestación espiritual del hombre.

La observación científica, por otra parte, no es nunca sobre la psiquis propiamente dicha, sino sobre su manifestación. El ejemplo de la electricidad puede servir como guía para poder entender el problema que se plantea. La electricidad es tomada como un elemento que se muestra o se verifica en una especial observación con mecanismos apropiados, y cuyo efecto también puede ser comprendido. El científico de experiencia, de las ciencias físicas, no encuentra nunca la esencia de las cosas, sólo ve el resultado. De ello se puede deducir, análogamente, que la libertad deba ser tomada como manifestación de la voluntad del hombre, sin pretender descubrir su esencia.

Y esto es claro en los casos de locura manifiesta, en donde lo que se muestra es más obra de la necesidad que de la voluntad motivada por el derecho. Cuando el enfermo mental afirma que ve, ante sí, objetos que en realidad no existen y obra en consecuencia, lo que se manifiesta es un acto de la necesidad y no de un ser libre. En esto, quizás, resida la dificultad de curación. Sin embargo, a nadie se le ocurriría negar, de tal fenómeno, la psiquis del sujeto actuante.

Pero el problema se expresa de manera tajante en los supuestos de las perturbaciones profundas de la conciencia o graves anomalías psíquicas, en los cuales el recurso a los fines de política criminal puede ser peligroso. Los defensores del criterio de la prevención general, modificando la culpabilidad, no dudarán en castigar al psicópata perverso, basado fundamentalmente en la peligrosidad futura, y van a sostener que es éste un claro artificio para conciliar las necesidades preventivas con las de la culpabilidad, aunque no se lo diga de manera expresa. Argumento que se rebate afirmando que la inimputabilidad del psicópata

perverso, en los casos en que no haya podido comprender la criminalidad del acto, se debe a que no se pudo motivar en las normas, con lo cual, se respeta la dignidad humana, mucho más que si por una ficción de carácter preventivo se aplica pena. Y éste es el camino que ha tomado tanto la doctrina como la jurisprudencia[293].

De todas formas, si bien no hay duda que no se podrá llegar a una conciliación entre las posiciones, la línea de unión entre la culpabilidad y la prevención se encuentra en el acuerdo básico, por el cual, con respecto a aquellas persona que decididamente no pueden entender la norma, esto es, a las personas con incapacidad mental, no es posible aplicarles pena.

§ 24. ***PROPUESTA DE SOLUCIÓN PROVISIONAL. DESARROLLO DE LA DOGMÁTICA PENAL.*** – Tal como nos propusimos desde el principio, hemos intentado mostrar las teorías de la culpabilidad que se han elaborado, es decir, se ha hecho un estudio casi histórico de ellas, quedando para el segundo tomo de esta obra, el análisis particular de la culpabilidad. Sólo vamos a intentar una propuesta provisional genérica que convenza, desde el punto de vista dogmático, así como desde las objeciones que se han hecho de tipo preventivo, dejando a salvo el concepto de culpabilidad, si bien con modificaciones, a los efectos de contestar a las teorías de la prevención. Para intentar el abordaje de este punto se ha de tomar la teoría de las normas de Binding y el esquema ideado por Maurach, modificado por las ideas de Armin Kaufmann. Sobre la base de estas

[293] Al respecto basta con ver el caso "Ullmann" de la Cámara del Crimen de la Capital, 1990. En igual sentido, Frías Caballero, Jorge, *La imputabilidad*, p. 15; Cabello, Vicente, *Psiquiatría forense en el derecho penal*, t. III, § 386 a 389, 589 y siguientes.

ideas se elaborará la teoría, teniendo en cuenta que se busca configurar una especie de sistema que propone un escalón intermedio entre la culpabilidad y la antijuridicidad, esto es, la responsabilidad por el hecho, para luego sí entrar a la individualización que requiere la culpabilidad. En ese escalón intermedio se dan soluciones a los problemas de carácter preventivos, sin sacrificar obviamente la culpabilidad como tal[294].

La imputación del hecho al autor exige que se busque ese especial criterio de imputación, de forma que no sólo sirva para hacer responsable al autor en cuanto a la pena, sino también en lo referido a las medidas de seguridad que trae la ley[295]. Lo que Jiménez de Asúa llamó la "atribuibilidad"[296]. Dentro de ese concepto se verá el fundamento general de responsabilidad que contiene un expreso juicio de desvalor del autor, pero no acudiendo al ya conocido "poder actuar de otra manera", antes mencionado. Con esto se puede determinar que la imputación del hecho es una cuestión variable y además progresiva. Sólo se determinará que el autor ha incumplido "aquellas exigencias de conducta cuyo respeto puede ser reclamado en forma muy genérica y típica del promedio de los justiciables"[297]. Si esto no es posible no podrá seguir imputándole la conducta. En cambio, si este grado de la imputación es posible, se continuará con el criterio del "poder actuar de otra manera". Dentro del concepto de atribuibilidad, deberá distinguirse entre la responsabilidad por el hecho, primer escalón de la imputación, y el juicio de la culpabilidad, como su segundo escalón.

[294] Hirsch, *Leipziger Kommentar*, § 51.

[295] Maurach - Zipf, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. 1, § 31.

[296] Jiménez de Asúa, *Tratado*, t. V, p. 30 y siguientes.

[297] Maurach - Zipf, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. 1, § 31.

La teoría de la responsabilidad por el hecho puede resolver las cuestiones que surgen inevitablemente por estar el hombre inmerso en la sociedad, y las exigencias que esto trae aparejadas, tal como se ha visto al fundamentar la pena. Es decir, en este primer escalón se intenta responsabilizar al individuo, como miembro de una sociedad determinada, de la realización del hecho.

En síntesis y como se ha expresado "la responsabilidad por el hecho significa: la necesidad de responder como miembro de la comunidad por las lesiones antijurídicas del ordenamiento comunitario. El ordenamiento jurídico puede admitir excepciones a esta obligación de responder, cuando a pesar de no poder certificar al autor la licitud de su actuación, tampoco necesita recurrir a sus facultades individuales. En esos casos, no se exculpa al autor individual, sino que se libera de responsabilidad a toda persona ante una determinada situación. Si bien aquí la conducta no es la correcta (el ilícito de la acción subsiste), atendida la naturaleza humana en general, ella es perdonable a todos y no solamente excusable en forma particular"[298].

a) *El contenido del concepto de atribuibilidad.* Bien se dicen Maurach, Zipf y Gössel que bajo el concepto de atribuibilidad se comprueba que el autor, en una determinada circunstancia, no se ha comportado según las exigencias del derecho. Sin embargo, no siempre se está frente a un juicio de reproche. El reproche, como se sabe, sólo está dirigido a aquellas personas que pueden entender o comprender la norma, lo que equivale a decir capacidad de culpabilidad y no existencia del error de prohibición.

[298] Maurach - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, t. 1, § 31.

El problema consiste sólo en una primera parte, en cuanto se puede decir que el autor hace suyo el acto, o en otras palabras, cuando el acto le es propio.

La justificación de la atribuibilidad aparece por el hecho de vivir los hombres en sociedad. Sin embargo, en algunos casos, el derecho no está dispuesto a exigir de algunas personas la obediencia a las normas: el caso de los niños y, en general, de los inimputables, son típicos y se pueden hacer notar entre los más importantes. No obstante, la conducta de ellos ha de ser vista con un criterio valorativo y el derecho puede decir que el acto les pertenece como propio. Dicho de otra forma, el hecho típico y antijurídico se verifica mediante la *atribuibilidad* y, por ello, el autor del hecho lo toma como propio y el juicio de desvalor también se cierne sobre él. No alcanza que el autor se sustraiga al juicio de reproche para que quede fuera de la atribuibilidad. De tal forma, se puede decir que la atribuibilidad es "aquella relación jurídicamente desaprobada entre el autor y su hecho típico-antijurídico que proporciona la base de las diversas posibilidades jurídico-penales de reacción"[299].

b) *Los grados de la atribuibilidad.* La teoría que estamos exponiendo contiene dos grados: *1*) la responsabilidad por el hecho, y *2*) la culpabilidad propiamente dicha. La división se estructura por el grado de responsabilidad del autor. En el primero hay un juicio de desvalor; en cuanto al segundo, se le agrega el reproche al autor.

1) *La responsabilidad por el hecho.* La teoría de la imputación exige que el autor debe responder por "su hecho". Sin embargo, "sólo es posible responder por un hecho propio en la medida que las circunstan-

[299] Maurach - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, t. 1, § 31.

cias objetivas hayan permitido una determinada posibilidad de motivación del autor. No es éste el caso cuando a la formación de la voluntad hayan contribuido decisivamente factores externos reconocidos por el derecho, en condiciones tales que todavía pueda hablarse de la existencia de una acción, mas no así de una acción que pueda ser considerada como el producto de una decisión adoptada en una situación motivacional anormal. Al contrario, existe una acción propia y por ello imputable a la responsabilidad por el hecho de su autor, cuando las influencias externas (no completamente ausentes de la acción) no hayan alcanzado un grado excluyente de la situación motivacional normal que constituye el punto de partida del derecho penal y ante cuya presencia éste presupone, en el término medio de los justiciables, una firmeza frente a las circunstancias que le impulsan hacia el delito"[300].

Esta reprobación, que está incluida en la responsabilidad por el hecho, une al hecho valorativo y al desvalorativo, pero además va a contener una comparación que realiza el derecho positivo, entre el autor y una media de las demás personas. Esta comparación demuestra si el autor, en la situación en la cual estaba, se ha comportado de una manera diferente al resto de los conciudadanos. Esto es, si el autor, frente a la impulsión del hecho, por decirlo así, ha cedido a ella, a pesar de la exigencia de mantenerse fiel al derecho, ya que en esa circunstancia toda otra persona hubiera sido fiel a la norma. Dicho en palabras más evidentes, si el autor, en comparación con los demás miembros de la sociedad, se ha comportado de distinta forma que ellos, violando la norma y, de esta forma, al derecho; si ha actuado de manera tal que

[300] Maurach - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, t. 1, § 31.

contradice el término medio o lo que el derecho considera como lo normal.

2) *La culpabilidad.* En este estadio, el juicio de culpabilidad se construye una vez afirmada la responsabilidad por el hecho. Se dirige aquí un reproche al autor; se lo juzga sobre la base de su capacidad de juicio y de dirección en el momento del acto, sobre la base de su capacidad de juicio y de dirección del acto, es decir, si actuó de manera distinta a lo que él podía. Por lo cual se requiere que el autor actúe con capacidad de culpabilidad y con la conciencia del ilícito. La culpabilidad es pues "el reproche dirigido al autor respecto de un determinado hecho punible, debido al abuso de su capacidad de culpabilidad"[301].

Aunque este esquema de la culpabilidad será tratado en el resto de la obra, importa sí determinar aquí que con éste se logra armar un proyecto sólido, que contesta no sólo las objeciones de las teorías preventivas, sino también soluciona el problema de la no exigibilidad de manera adecuada, sin perjuicio de analizar problemas concretos en la imputabilidad y en el error.

Pero, en síntesis, admitimos que el esquema no logrará tranquilizar las aguas de la discusión, ya que estamos ante ideas previas, que no son compartidas. En tanto ello suceda, la discusión seguirá y, en este aspecto, es cierto que poco se podrá hacer, excepto tomar partido por una u otra tesis.

La pregunta que debe hacerse es la siguiente: el esquema dado como el más coherente para la dogmática penal, ¿puede ser aplicado al Código Penal argentino? Quizás una de las justificaciones del estudio que se viene haciendo y que será desarrollado de manera amplia en el tomo siguiente, al tratar la teoría del

[301] Maurach - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, t. 1, § 31.

delito en particular, consiste en que este desarrollo de la historia de las teorías de la culpabilidad muestra más que nada la tentativa de avanzar sobre su concepto, que no tenga que ceñirse a una legislación, sino que pueda tener su aplicación, considerando la importancia de estos temas en toda la legislación de las llamadas continentales europeas, en la cual nuestro ordenamiento se halla inmerso. Así como Soler y sus seguidores intentaron con buen éxito aplicar lo propuesto por von Liszt y Radbruch al Código Penal argentino, no se alcanza a ver la dificultad de intentar este sistema que, sin lugar a dudas, soluciona de manera mucho más eficaz los problemas intrasistemáticos de la dogmática.

Antes de entrar en tema, es necesario hacer una salvedad junto con Jiménez de Asúa: "A menudo los autores de la Argentina reconocen que esta o aquella teoría, esta o la otra institución, es viable por necesaria en las leyes alemanas; pero que esto no es preciso invocarlo en el país, cuyo Código sigue otra orientación o es más perfecto que el del Reich. Hemos salido varias veces al paso de tan ingenuo alegato, y ahora queremos hacerlo también con razonamientos que nos parecen de importancia. Si por la forma en que se regula la irresponsabilidad o inimputabilidad creen los juristas argentinos que su Código se halla basado en el psicologismo, ¿qué no se habría podido objetar en Alemania contra la teoría normativa, en orden a un Código que solía presentarse como típico ejemplo de las leyes inspiradas en la fórmula biopsicológica, al decir quiénes no son responsables...? Y ello no fue obstáculo para que los penalistas alemanes construyeran dogmáticamente la teoría normativa de la culpabilidad"[302].

[302] Jiménez de Asúa, *Tratado*, t. V, p. 190.

Es que, como bien ha sostenido Bacigalupo, el positivismo, que se encuentra detrás del sistema psicologista, afirma la experiencia como un programa, pero no como un problema; "por este motivo, la equiparación de los textos del derecho positivo con las cosas presuponía la posibilidad de conocerlo sin la interferencia de ninguna prenoción o presupuesto ideológico. Sin embargo, sea que se cuestiona este axioma, sea que se quiera describir el comportamiento de los dogmáticos, se comprobará que la interpretación de las reglas del derecho positivo no es posible sin definir previamente qué es el derecho positivo y, por lo menos, cuáles son los criterios para su interpretación. Resulta claro que la definición del dogma, es decir, de aquello que debe entenderse como el principio de la cadena argumental que culmina con la resolución del caso concreto, no puede fundamentarse deduciéndolo de la ley"[303].

Por ello quizá se pueda decir entonces que la ley penal se puede explicar desde distintos fundamentos, claro que con un único límite, consistente en que el texto de la ley positiva pueda presentarse deducible del fundamento elegido. Resulta casi imposible, por ejemplo, decir que la ley argentina tiene un único fundamento, cuando es sabido que sus fuentes han sido distintas, de manera que no es fácil intentar una única interpretación, aunque ésta sea apegada al texto legal.

Sólo nos hemos de limitar a dar un bosquejo de nuestra posición.

En cuanto a la culpabilidad propiamente dicha, que está conformada por la capacidad de culpabilidad y la conciencia del injusto, creemos que no hay problema alguno para encuadrar el sistema.

[303] Bacigalupo, Enrique, *Delito y punibilidad*, p. 24.

a) En cuanto a la capacidad de culpabilidad se demostrará el carácter estrictamente normativo que tiene el concepto en nuestro Código.

b) La discusión más seria está en el problema del error de prohibición. Al contrario de los autores que han querido ver la regulación de este instituto, en el art. 34, inc. 1°, o en el art. 35 del Cód. Penal, nuestra posición es que la base del error de prohibición se encuentra en el art. 18 de la Const. nacional. En efecto, allí se habla de la ley previa. Este tema de la ley previa ha sido analizado siempre desde el punto de vista del derecho constitucional, como principio de garantía del ciudadano frente al Estado. Y se ha demostrado ya la importancia de este principio. Sin embargo, creemos necesario avanzar más en la regulación y afirmar que la ley previa tiene un sentido de trascendencia para la dogmática penal. ¿Para qué quiere saber el ciudadano la existencia de una ley previa, si no es para conocerla y para poder actuar luego de motivarse en ella? ¿Qué sentido tendrá la ley previa si no es para que el agente sepa que su acción está prohibida y que los bienes jurídicos que él ataca están protegidos, de forma que la conciencia del injusto esté presente para él o por lo menos de posible conocimiento?

El error de prohibición está allí contenido y la discusión se centra en analizar la forma de regular el error vencible del invencible, que ya es otro punto.

c) *La responsabilidad por el hecho.* En cuanto a ésta, es necesario puntualizar lo siguiente.

1) El problema aparece más fácil de resolver; en principio entra el exceso en la legítima defensa, que tantos conflictos dio a la doctrina argentina, no sabiendo en qué lugar de la teoría analítica colocarlo[304].

[304] Donna, Edgardo A., *El exceso en las causas de justificación*,

Este problema aparece solucionado en la etapa intermedia entre la antijuridicidad y la culpabilidad *stricto sensu*.

Recuérdese que la legítima defensa, por poner la causa de justificación más importante, justifica la acción del agredido, en tanto la acción defensiva sea necesaria para evitar la agresión. Por tanto, si esa medida es transgredida, la parte de acción que queda fuera de la proporción entre la agresión y la defensa es antijurídica.

En el caso de quien excede la legítima defensa, podrá ser liberado de responsabilidad por el hecho, a causa que no le era, en el caso concreto, exigida una conducta adecuada a la norma. La norma del art. 35 prevé el caso con la pena del delito culposo, cuando esté tipificado para la acción que se juzga en concreto. Sin embargo, no hay dudas, como se ha demostrado, que el hecho es doloso[305]. Es que el exceso aparece en nuestro Código con antecedentes en el art. 50 del Cód. Penal italiano, y allí la eximente estaba relacionada a la parte afectiva del agredido, es decir, a su parte subjetiva. Sin embargo, este estado de ánimo no tiene que ver con la culpabilidad en sí, sino con la responsabilidad por el hecho. Es que la generalización según la inexigibilidad es lo que ahora prima, y no la individualización de la culpabilidad.

2) También está comprendido en esta categoría el estado de necesidad exculpante. Juega aquí el estado de coerción en contra de un ser humano. El peligro no le debe ser exigido al autor, tomando como base un término medio de valoración, por una parte, y por

---

p. 97; en él se pueden ver todas las teorías elaboradas hasta el presente. Conviene aclarar que la posición presentada en el texto contraría expresamente la del libro citado, que ya ofrecía dudas.

[305] Donna, *El exceso en las causas de justificación*, p. 99.

otra aceptando que el peligro no reconoce ninguna fuente en particular. La situación de necesidad puede provenir tanto de la naturaleza como de un tercero.

Lo que importa es el grado de peligro que se debe medir igualitariamente para todas las personas, de manera que no existe una individualización, sino que se busca el término medio, es decir, la exigencia que se puede hacer a los demás justiciables. Se podría decir entonces con Maurach y Zipf que "las acciones de necesidad son antijurídicas. Su enjuiciamiento positivo, por parte del derecho, no se justifica a través de la presión que suponen situaciones coactivas demasiado poderosas que amenazan la vida, la integridad corporal o la libertad, ni tampoco en situaciones de *shock* en la cual pueda encontrarse quien se excede en la legítima defensa"[306].

Esta teoría de la exigibilidad se puede aceptar sólo si se la corrige como lo ha hecho Kaufmann: "La consecuencia práctica de la fuerte atenuación del desvalor del acto a causa del instinto de conservación que ha motivado el acto se pone de manifiesto, entonces, en relación a la reprochabilidad; reprochable en sentido estricto también lo es el acto realizado en estado de necesidad. Pero dado que el grado de reprochabilidad es codeterminado por la intensidad del desvalor del acto, el reproche que se podría formular en estos casos es tan pequeño que en la práctica resultan carentes de toda significación. Por razones de limitación jurídica, el orden jurídico no formula en estos casos el reproche de culpabilidad"[307].

Razonar de manera contraria a la sostenida en el texto y aferrarse a la teoría psicológica merece, tal co-

[306] Maurach - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, t. 1, § 33, I, A.
[307] Kaufmann, *Teoría de las normas*, p. 274.

mo fue explicitado por Frías Caballero, desde el normativismo, una severa crítica. Frías Caballero sostenía que no era posible mantener la amenaza del inc. 2° del art. 34 del Cód. Penal, como excluyente de pena sin la noción de exigibilidad. De manera que no es posible concebir el estado de necesidad en el caso de bienes jurídicos de igual valor. En este caso, la teoría psicológica debe aceptar que la condena es insoslayable. Y esto es así porque el art. 34, inc. 3°, se refiere al estado de necesidad justificante. La tesis de Soler que sorprendentemente se vuelve subjetivista, al sostener que el náufrago que debe salvar su vida a costa de un tercero, valora como un bien mayor su vida. El error es evidente, porque al ser una causal de justificación y, por tanto, ésta debe ser objetiva. De manera que no le queda alternativa al psicologismo que condenar, con lo cual no aparece la solución ni justa ni coherente[308].

[308] Frías Caballero, *La culpabilidad normativa*, en "Temas de derecho penal", p. 82 y siguientes.

BIBLIOGRAFÍA

Achenbach, Hans, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehere*, Berlín, J. Schweitzer Verlag, 1974.

— *Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld*, en "Grundfragen des modernen Strafrechtssystem", Berlín, Walter de Gruyter, 1983.

Allfeld, Phillip, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 9ª ed. des von Hugo Mayer begründeten Lehrbuchs, Leipzig, 1934.

Amelung, Kunt, *Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación política criminal de Roxin*, en "El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales", Madrid, Tecnos, 1991.

Aniyar de Castro, Lola, *La investigación criminológica en Venezuela*, en "Doctrina Penal", 1978-267.

Bacigalupo, Enrique, *Delito y punibilidad*, Madrid, Civitas, 1983.

— *Manual de derecho penal. Parte general*, Bogotá, Temis, 1984.

Bar, L., *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, Berlín, Bd. 2, Die Shuld nach dem Strafgesetze, 1907.

Baumann, Jürgen, *Grundbegriffe und System des Strafrechts*, 2ª ed., Stuttgart, 1966.

— *Kleine Streitschriften zur Strafrechts-reform*, Bielefeld, 1965. Darin § 104-134; Grenzen der individualen Gerechtigkeit im Strafrecht; § 135-157; Der Schuldgedanken im heutingen deutschen Strafrechts un vom Sinn staatlichen Strafens.

— *Schuld und Verantwortung*, "JZ", 1962, § 41.

— *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch*, 4ª ed., Bielefeld, 1966.

Beling, Ernst, *Grundzüge des Strafrechts*, 11ª ed., Tübingen, 1930.

— *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906.
— *Unschuld, Schuld und Schuldstufen im Vorentwur zu einem Deutschen Strafgesetzbuch*, Leipzig, 1910.

Berg, Otto, *Der gegenwärtige Stand der Schuldlehre im Strafrecht*, Breslau, 1927.

Berner, Albert F., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 17ª ed., Leipzig, 1895.

Bierling, Ernest R., *Juristische Prinzipienlehre*, 3, BD Aalen, 1961 (Neudr. de Ausg. Tübingen, 1905).

Binding, Karl, *Die Normen und iher Ubertretung*, 1, BD, 2ª ed., Leipzig, 1890; 2, BD, 2ª ed., 1914-16; 4, BD, 1919.
— *Die Schuld im deutschen Strafrecht, Vorsatz, Irrtum, Fahrlässigkeit*, Leipzig, 1919.

Blohm, Herbert, *Feuerbach und das Reichtsrafgesetzbuch von 1871*, Breslau, 1935.

Bockelmann, Paul, *Hegels Notstandeslehre*, Berlín, 1935.

Boffil Genzsch, Jorge, *Las prohibiciones de prueba en el proceso penal*, "Revista de Derecho", Universidad Católica de Valparaíso, XII, 1988, p. 225.

Buchenberger, Eduard, *Der Zweckgedanke in Anselm v. Feuerbachs Lehre von der Zurechnungsfähigkeit*, Breslau, 1932.

Burski, Otto von, *Die Zeugen Jehovas, die Gewissenfreiheit und das Strafrecht*, Diss. Jur., Freiburg, 1970.

Busch, Richard, *Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre*, Tübingen, 1949.

Cabello, Vicente P., *El concepto de alienación mental ha caducado en la legislación penal argentina*, *LL*, 123-1199.
— *Psiquiatría forense en el derecho penal*, Bs. As., Hammurabi, 1984.

Calker, Fritz van, *Strafrecht, Grundrinß*, 4ª ed., München, 1933.

Carrió, Alejandro, *Detención arbitraria y reglas de exclusión: cuando la Corte habla así, da gusto oírla*, *LL*, 1995-B-349.

Dahm, George, *Verbrechen und Tatbestand*, en "Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft", Berlín, 1935.

De Gregorio, Jorge, *Lo inconsciente y la ley. La ley en lo inconsciente*, Washington, Library Congress, 1993.

De Molina, Pablo, *Criminología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.

Del Olmo, Rosa, *Criminología y derecho penal; aspectos gnoseológicos de una relación necesaria en la América latina actual*, en "Doctrina Penal", 1987-35.

Donna, Edgardo A., *Derechos humanos, dogmática penal y criminología*, *LL*, 1991-C-670.

— *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, comentario al libro de Zielinsky, en "Doctrina Penal", ene.-jun., 1991.

— *El delincuente por conciencia. Un problema de colisión de deberes*, en "Doctrina Penal", 1989-385.

— *El exceso en las causas de justificación*, Bs. As., Astrea, 1985.

— *La culpabilidad*, en Bergalli, Roberto - Bustos, Juan (dirs. y comps.), "El poder penal del Estado, en homenaje a Hilde Kaufmann", Bs. As., Depalma, 1985.

— *La peligrosidad en el derecho penal*, Bs. As., Astrea, 1978.

— *Un fallo que respeta el principio de legalidad*, *LL*, 1995-C-509.

Donna, Edgardo A. - Caviglia, Mariela, *Teoría de la seguridad nacional y el problema carcelario*, en "Perspectivas penales", Colombia, 1984.

Donna, Edgardo A. - Maiza, María C., *Código Procesal Penal y disposiciones complementarias. Ley 23.984. Comentado, anotado y concordado*, Bs. As., Astrea, 1994.

Drost, A., *Die Zumutbardeit bei vorsätzlichen Delikten*, GA 77, 1933, § 1975.

Engelmann, Woldemar, *Rechtsbeachtungspflicht und rechtliche Schuld*, en "Fetschrift für Ludwig Traeger", Berlín, 1926.

Engisch, Karl, *Die Lehre von der Willensfreibeit*, 2ª ed., Berlín, 1965.

— *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkert im Strafrecht*, Berlín, 1930.

Espinosa, Norberto - Herrera, Julio, *Para un concepto de salud mental*, Mendoza, Universidad Nacional de Cuyo, 1964.

Exner, Franz, *Das Wesen der Fahrlässigkeit, eine Strafrechtliche Untersuchung*, Leipzig, 1910.

Feuerbach, Paul J. von, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen, 1828.

— *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Chemnitz, 1800.

— *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, tr. E. Zaffaroni - J. Hagemeir, Bs. As., Hammurabi, 1989.

Finger, August, *Bemerkungen zum Schuldbegriffe*, GS 72, 1908, § 249.

— *Das Strafrecht mit Berücksichtigung des Vor-Entwurfs zu einem österr*, StGB, 1, BD, 2ª ed., Berlín, 1912.

— *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlín, 1904.

— *Strafrecht*, en "Das gesamte deutsche Recht in systematischer", Darstellung (hrsg.) v. Rudolf Stammler Teil 12, Berlín, 1912.

Frank, Reinhard, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18ª ed., Tübingen, 1931.

— *Über den Aufbau des Schuldbegriffes*, Gießen, 1907.

Franzmann, Otto, *Dar Verschulden im Zivil-un Strafrecht*, Coburg Diss. Bonn, 1929.

Freisler, Roland, *Willensstrafrecht; Versuch und Vollendug*, en Gürtner, Franz (hrgs.), "Das kommende deutsche Strafrechts, Allgemeine Teil, Bericht über die Arbeit der amtl. Strafrechtskommission", Berlín, 1934.

Freudenthal, Berthold, *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*, Tübingen, 1922.

Frey, Dieter, *Die Zumutbarkeit im Strafrecht*, Diss. Saarbrücken, 1961.

Frey, Friedrich, *Die Grundlage der Schuldlehre im nationalsozialistischen Strafrecht*, Diss. Frieburg, Schramberg, 1936.

Frías Caballero, Jorge, *Imputabilidad penal*, Bs. As., Ediar, 1981.

— *La culpabilidad normativa*, en "Temas de derecho penal", Bs. As., La Ley, 1970.

Gallas, Wilhelm, *Pflichtenkollision als Schuldausschießungsgrund*, en Mezger, Edmund, "Festschrift", München, 1954.

— *Zum gegenwärtingen Stand der Lehre vom Verbrechen*, Z. 67, 1955, p. 1.

García Pablo de Molinas, Antonio, *La aportación de la criminología al estudio del problema criminal*, en "Doctrina Penal", 1989-631.

García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Revista de Occidente, 1961.

Geib, Gustav, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 2, BD, Leipzig, 1862.

Gerlach, Oskar, *Die Nichtzumutbarkeit im Strafrecht*, Diss. München, 1950.

Gerland, Heinrich, *Lehrbuch, Reichs-Strafrecht*, 2ª ed., Berlín, 1932.

Gimbernat Ordeig, Enrique, *¿Tiene futuro la dogmática penal?*, en "Estudios de derecho penal", Madrid, Civitas, 1967.

Goldschmidt, James, *Der Notstand en Schuldproblem*, Wien, 1913.

— *Normativer Schuldbegriff*, en "Festgabe für R. von Frank", Tübingen, 1930.

Gordillo, Agustín, *Introducción al derecho administrativo*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1966.

Gössel, Karl H., *Die Beweisverbote im Strafverfarensrecht der Bundersrepublick Deutschland*, trabajo presentado en el XII Congreso de Derecho Comparado de Montreal, 1990.
— *Esencia y fundamentación de las sanciones penales*, en Polaino Navarrete, "Estudios jurídicos sobre la reforma penal", Córdoba (España), 1987.
— *Strafrecht Besonderer Teil*, Introducción nº 2, Müller Verlag, Berlín, 1987.
— *Über die Bedeutung des Irrtums im Strafrecht*, Berlín, Doncker & Humlot, 1974.
Graf zu Dohna, Alexander, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Bonn, 1936.
— *Die Elemente des Schuldbegriffs*, Stuttgart, 1905, GS 65, p. 304.
— *Ein unausrottbares Mißvertändnis*, Z. 66, 1954, p. 505.
— *Zum neuestem Stande der Schuldlehre*, Z. 32, 1911, p. 323.
Gribbohm, Günther, *Verwendung und Funktiones der Unzumutbarkeit im Strafrecht*, Diss. Kiel, 1960.
Grim, Jacob und Wilhelm, *Deutsches Wörtervuch*, BD 9, Leipzig, 1899.
Grünhut, Max, *Ansel von Feuerbach und das Problem der Strafrechtlichen Zurechnung*, Hamburg, 1922.
— *Grenzen des übergesetzlichen Notstandes*, Z. 51, 1931, p. 455.
— *Literaturbericht, Strafrecht*, Allg. Teil, Z. 50, 1930, p. 306.
Gunther, Hans L., *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtausschlus*, Berlín - München, Carl Heymanns Verlag Teil, 1983.
Gürtner, Franz (hrsg.), *Das kommende dt. Strafrecht*, Allg. Teil, Beritch über d. Arbeit der amtl. Strafrechtskommission, Berlín, 1934.
Haddenbrock, Siegfried, *Handbuch der forensischen Psiquiatrie II*, Von Göppinger Witter, 1972.
Hälschner, Hugo, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, Bonn, 1881.
Hardwing, Werner, *Die Gesinnumgsmerkmale im Strafrecht*, Z. 68, 1956, p. 14.
— *Die Zurechnung, ein Zentralproblem des Strafrecht*, Hamburg, 1957.
Hassemer, Winfried, *Einfuhrung in die Strafrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 1981.
Hassemer, Winfried - Lüderssen, Klaus - Naucke, Wolfgang, *Hauptprobleme der General prävention*, Frankfurt am Maim, Metzer, 1979.
Hedemann, Justus W., *Die Flucht in die Generalklausehn*, Tübingen, 1933.

Hegler, August, *Die Merkmale des Verbrechens*, Z. 36, 1915, p. 19.
— *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeine Verbrechensbegriffs*, en "Festgabe für R. von Frank", BD 1, Tübingen, 1930, p. 251.
Henkel, Heinrich, *Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigem Recht*, München, 1932.
— *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Taunus, 1968.
— *Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Reschtsprinzip*, en "Festschrift für Mezger", München, 1954.
Hippel, Robert von, *Deutsches Strafrecht*, Berlín, 1930.
— *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlín, 1932.
Hirsch, Hans J., *La reparación del daño en el marco del derecho penal material*, en Maier, Julio, y otros, "De los delitos y de las víctimas", Bs. As., Ad Hoc, 1992.
— *Leipziger Kommentar*, 9ª ed., 1974.
Hirschberg, Rudolf, *Schuldbegriff und ädaquate Kausalistät*, Breslau, 1928.
Höffe, Otfried, *Estudios sobre el derecho y la justicia*, Barcelona, Alfa, 1988.
— *Kategorische Rechtsprinzipien*, Frankfurt, Suhorkamp Verlag, 1990.
Hold von Ferneck, Alexander, *Die idee der Schuld eine strafechtliche Studie*, Leipzig, 1911.
Hruschka, Joachim, *Fest für Kleinknecht*, Berlín, 1985.
— *Strukturen der Zurechnung*, Berlín, Walter de Gruyter, 1976.
Jakobs, Günther, *Schuld und Prävention*, Tübingen, J.C.V. Mohr, 1976.
— *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlín, Walter de Gruyter, 1983.
— *Strafrechtliche Schuld ohne Willensfrieheit*, "Aspekte der Freheit", Berlín, 1980.
Jeschek, Hans H., *Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform*, Tübingen, 1957.
— *Derecho penal y su aplicación en la zona alemana de ocupación soviética*, tr. Conrado A. Finzi, Bs. As., Depalma, 1967.
— *Die Entwicklung des Verbrechensbegirffs in Deutschland seit Beling*, Z. 73, Berlín, 1961, p. 179.
— *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Duncker y Humbolt, Berlín, 1988.
— *Tratado de derecho penal*, 3ª ed., Barcelona, Bosch, 1981.
Jiménez de Asúa, Luis, *Corsi e ricorsi, la vuelta de von Liszt*, en von Liszt, Franz, "La idea de fin en el derecho penal", Valparaíso, Edeval, 1984.

— *El Estado peligroso*, Madrid, Pueyo, 1922.
— *Tratado de derecho penal*, Bs. As., Losada, 1963.

Jobst, Heinz, *Der Streit um die Zumutbarkeit im Strafrecht*, München, 1935.

Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, México, Porrúa, 1977.
— *Grundlegun zur Metaphysik der Sitten*, Hamburg, Felix Meiner Verlang, 1965.
— *La metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos, 1989.
— *Obras completas*, Berlín, 1968.
— *Prolegomena zu einer jecken Künftigen Metaphysik, die als Wissenschaft wird auftreten Können*, ap. 1, "Gesammelte Scriften", t. IV, Berlín, 1968.
— *Sobre la paz perpetua*, Madrid, Tecnos, 1985.
— *Versuch über die Deutlichkeit der Grundstze der natürlichen theologie und der Moral*, en "Gesammelte Scriften", t. VIII, Berlín, 1968.

Kantorowicz, Hermann, *Tat und Schuld*, Zürich, 1933.

Kaufmann, Armin, *Das fahrlässige Delikt. Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, Wien, 1964.
— *Die Aufgabe des Strafrechts*, en "Strafrechtdogmatik zwischen Sein und Wert", Carl Heymanns Verlag KG-Köhn, Berlín-Bonn-München, 1982.
— *Die Dogmatik der Unterlassungsdelik*, Göttingen, Verlag Otto Schwartz, 1959.
— *Die Dogmatik in Alternativ-Etwurf*, en "Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert", p. 229.
— *Lebendiges und Totes in Binding Normentheorie*, Göttingen, Verlag Otto Schwartz, 1954.
— *Schuldfähigkeit und Verbotsirrtum*, en "Festschrift für Schmidt", Göttingen, 1961.
— *Teoría de las normas*, Bs. As., Depalma, 1977.

Kaufmann, Arthur, *Das Schuldprinzip*, Heidelberg, Carl Winter-Universitätverlag, 1976.
— *Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts*, Aalen, Scientia Verlag, 1985.
— *Unzeitgemässe Betrachtungen zum Strafrecht*, en "Abhadlungen zum Strafrecht und zur Schuldgrundsatz im Strafrecht", 1986.

Kaufmann, Felix, *Die philosophischen Grundprobleme der Lehre von der Strafrechtsschuld*, Leipzig, 1929.

Kaufmann, Hilde, *Kriminologie*, Stuttgart, 1971.

Kitzinger, Friedrich, *Juristische Aphorismen, insbesondere zum allgemeinen Recht und zum Strafrecht*, Berlín, 1923.
— *Übergesetzlicher Notstand und kein Ende*, JW, 1933, p. 405.
Klee, Karl, *Das Verbrechen als Rechtsguts und als Pflichtverletzung*, Deutsches Strafrechts, 1936, p. 1.
— *Rechtfertigungs und Entschuldigungsgründe*, en Gürtner, Franz, "Das Kommemde dt. Strafrecht", Allg. Teil, Berich über die Arbeit d. amtl. Strarechtskommission, Berlín, 1934.
Klefisch, Th., *Die nat goz. Euthanasie im Blickfeld der Rechtsprechung und Rechtslehre*, MDR, 1950, p. 258 a 265.
Kleinschrod, Gallus A., *Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts, 1. Theil 3 Ausg*, Erlangen, 1805.
Klimosky, Gregorio, *Las desventuras del conocimiento científico*, Bs. As., AZ, 1994.
Köhler, August, *Die Schuld als Grunlage des Strafrechts*, GS 95, 1927, p. 433; GS 96, 1928.
Kohlrausch, Eduard, *Der Allgemeine Teil des Entwurfs 1925*, en "Reform des Strafrechts", Berlín, 1926.
— *Die Reform des Reichstrafgesetzbuchs*, BD 1, Berlín, 1910.
— *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht*, Berlín, 1903.
— *Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechung*, en "Festgabe für Karl Güterbock", Berlín, 1910.
— *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen*, Berlín, 1961.
Krause, Rudi, *Die Bedeutung von Zumutbarkeit und Unzumutbardeit auf dem besondere Gebeit der Unterlassungsdelikte*, Diss. Hamburg, 1956.
Kriegsmann, Hermann, *Literaturbericht, Strafrecht, Allg. Teil*, Z. 28, 1908, p. 713.
Kriele, Martín, *Introducción a la teoría del Estado*, Bs. As., Depalma, 1980.
Krings, Hermann, *Conceptos fundamentales de filosofía*, t. II, Barcelona, Herder, 1978.
Krüger, Herbert, *Rechtsgedanke und Rechtstechnick im liberalem Strafrecht*, 2 Teil, 1936, p. 77.
Kuhnt, Dietmar, *Pflichten zum Bestehen des Strafrechtlichen Notstandes* (pars. 52, 54, StGB), Diss. Freiburg, 1966.
Kutter, Ernst, *Die Entwicklung der Zumutbarkeitslehere*, Diss. Erlangen, Forchbeim, 1936.

Lackner, Karl, *Insanity and prevention: on linking culpability and prevention in the concept of insanity*, en Esser, Albin - Fletcher, George, "Rechtsfertitung und Entschuldigung", Freiburg, Max Planck Institut, 1988.

Landecho, José M., *La tipicidad lombrosiana de delincuentes*, Madrid, Universidad de Madrid, 1967 (versión mecanografiada).

Lange, Richard, *Grundfragen der deutschen Strafrechtreform. Schweizer. Zeitschr.*, Bern, BD 70, 1955, p. 373.

Larenz, Karl, *Hegels Zurechungslehere und der Begriff der objektiven Zurechung*, Diss. Göttingen, Leipzig, 1927.

Lenckner, Theodor, *Der rechtfertigende Notstand*, Tübingen, 1965.

— *StGB*, § 15, 1883.

Liepmann, Moritz, *Literaturbericht, Strafrecht, Allg. Teil*, Z. 43, 1922.

Linsemann, B., *Lehrbuch der Moral Theologie*, Berlín, 1978.

Llinares, José, *Pacto y Estado*, Madrid, Publicaciones de la Institución Aquinas, 1963.

Loening, Richard, *Geschichte der strafrechtlichen Zurechnungslehere*, vol. 1, Die Zurechnungslehere des Aristoteles, Jena, 1903.

Löffler, Alexander, *Die Entiwicklung des geltenden Rechts*, Abteilung 1, Deutschland und Österreich, Leipzig, 1895.

Lucas, Hermann, *Die subjektive Verschuldung im heutigen deutschen Strafrechte*, Berlín, 1883.

Luhmann, Nikolas, *Rechtssoziologie*, BD 1, 1972.

Maihofer, Werner, *Objektive Schuldmomente*, en "Beitragë zur gesanten Strafrechswissenschaft, Festchrift für Hellmuth Mayer", Berlín, 1966, p. 185.

— *Menschenbild und Strafrechtsreform*, en "Universitätstage", 1964.

Marcetus, Karl, *Der Gedanke der Zumutbarkeit und seine Verwandlung in d. amtl. Entwürfeheines Allg. Dt. Strafgesetzbuchs von 1925 und 1927*, Breslau, 1928.

Maunz, Theodor - Düring, Günter - Herzog, Roman, *Grundgesetz, Komentar*, München, Verlag V. H. Beck, 1994.

Maurach, Reinhart, *Deutches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3ª ed., Karlsruhe, 1965.

— *Kritik der Notstandslehre*, Berlín, 1935.

— *Schuld und Verantwortung im Strafrecht*, Wolfentbüttel, 1948.

— *Tratado de derecho penal*, Ariel, Barcelona, 1962.

Maurach, Reinhart - Gössel, Karl H. - Zipf, Heinz, *Derecho penal. Parte general*, tr. J. Boffil Genzsch y E. Aimone Gibson, supervisor E. A. Donna, Bs. As., Astrea, 1994.

Mayer, Hellmuth, *Das Strafrecht des Deutschen Volkes*, Stuttgart, 1936.

Mayer, Max E., *Der allgemeine Teil des deustchen Strafrechts*, Heidelberg, 1915.

— *Die Schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht*, Leipzig, 1901.

— *Glossen zur Schuldlehre*, Z. 32, 1911, p. 492.

Merkel, Adolf, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889.

Merkel, Hugo, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Erlangen, 1875.

Merkel, Paul, *Die Bestimmungen des Strafgesetzentwurfs von 1919 über die Straftat*, Z. 43, 1922, p. 299.

— *Grundiß des Strafrecht, Teil 1*, Bonn, 1927.

— *Schuld, Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum*, JW 1924, p. 1677; JW 1925, p. 893.

Mezger, Edmund, *Deutsches Strafrecht, Grundiß*, 2ª ed., Berlín, 1941.

— *Die Subjektiven Unrechtselemente*, GS. 89, 1924.

— *Festschrift*, München, 1954.

— en *Strafgesetzbuch* (Leipzig Kommentar), BD, 8ª ed., Berlín, 1957.

— *Strafrecht, Allgemeiner Teil, ein Studienbuch*, 9ª ed., München, 1960.

— *Strafrecht ein Lehrbuch*, München, 1931.

Mittasch, Helmut, *Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik*, Berlín, 1939.

Mittermaier, Wolfgang, *Kritische Beiträge zur Lehre von der Strafrechtsschuld*, Giessen, 1909.

— *Zur Frage des Schuldcharakters der Fahrlässigkeit*, Z. 44, 1924.

Müller - Dietz, *Gewissensfreiheit und Strafrecht*, en "Fest für Peters", 1974.

Murdich, Iris, *The sovereignty of good*, New York, 1971-1980.

Nass, Gustav, *Ursprung und Wandlungen des Schuldbegriffs*, Neuwied, 1963.

Naucke, Wolfgang, *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, Hansicher Gildenverlaig, Joachim Hertmann CO, 1962.

Navarro, Guillermo R. - Jacoby, Pablo M., *Jurisprudencia criminal plenaria*, Bs. As., Pensamiento Jurídico Editora, 1991.

Nowakowski, Friedrich, *Das Ausmaß der Schuld Schweizer. Zeitschr. für Strafrecht*, BD 65, 1950, p. 301.

— *Das österreichische Strafrecht*, en "Seinen Grundzügen", Graz, 1955.

— *Freiheit, Schuld, Vergeltung*, en "Festschrift für Theodor Rittler", Aalen, 1957.
— *Rechtsfeindlichkeit, Schuld, Vorsatz*, Z. 65, 1953, p. 379.
— *Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit*, Z. 63, 1951, p. 287.
— *Zur Systematik der Lehre von den Erscheinungsformen des Verbrechens nach der subjektiven Auffassung*, en "Festschrift für Theodor Rittler", Innsbruck, 1946.

Núñez, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, Bs. As., Bibliográfica Argentina, 1959.

Pérez Manzano, Mercedes, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 1986.

Peters, Karl, *Überzeugunstäter und Gewissenstater*, en "Fest für Mayer", 1966.

Polaino Navarrete, Miguel, *Estudios jurídicos sobre la reforma penal*, Córdoba (España), 1987.

Popper, Karl, *El desarrollo del conocimiento científico*, Barcelona, Paidós, 1983.

Radbruch, Gustav, *Fest für Frank*, Tübingen, 1930.
— *Über den Shuldbegriff*, A. 24, 1904, p. 333.
— *Zur Systematik ver Verbrechenslehre*, en "Festgabe für R. von Frank", BD 1, Tübingen, 1930, p. 158.

Ramos, Juan P., *Curso de derecho penal*, Bs. As., Biblioteca Jurídica Argentina, 1938.

Rehberg, Jürg, *Zur Lehre vom Erlaubeten Risiko*, Zürich, 1962.

Rittler, Theodor, *Lehrbuch des österreich Strafrechts*, 2ª ed., 1 BD, Wien, 1954.

Rivacoba y Rivacoba, Manuel, prólogo a von Liszt, Franz, *La idea de fin en el derecho penal*, Valparaíso, Edeval, 1984.
— *Relaciones del derecho penal con el derecho político*, en "Doctrina Penal", 1980-600.

Rojas, Nerio, *Medicina legal*, Bs. As., El Ateneo, 1972.

Rosenfeld, Ernst H., *Schuld und Vorsatz im v. Lisztschen Lehrbuch*, A. 32, 1911, p. 466.

Röwer, Heinz H., *Die Zumutbarkeit des Rechtsgehorsams*, Diss. Kölh, 1957.

Roxin, Claus, *Allgemeiner Teil*, München, Verlag C. H. Beck, 1992.
— *Die Wiedergutmachung im System der Strafzweck*, en Scöch (hrsg.), "Wiedergutmachung und Strafrecht", München, 1987.

— *Fest für Bockelmann*, Berlín, Walter de Gruyter, 1979.
— *Fest für Henkel*, Berlín, Walter de Gruyter, 1974.
— *Iniciación al derecho penal de hoy*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1981.
— *Política criminal y sistema del derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1972.
— *Problemas básicos de derecho penal*, Madrid, Reus, 1976.
— *Sentido y límite de la pena. Problemas básicos de derecho penal*, Madrid, Reus, 1976.
— *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München, C. H. Beck Verlag, 1992.

Rudolphi, Hans J., *El fin del derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal*, en "El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales", Barcelona, Tecnos, 1990.

— *StGB, System Kommentar*, Berlin, Alfred Metzner, 1994.

Rümelin, Max, *Das Verschulden in Straf und Zivilrecht*, Tübingen, 1909.

Sauer, Wilhelm, *Grundlagen des Strafrechts nebst Umrib einer Rechts und Sozialphilosophie*, Berlín, 1921.

Shaefler, Richard, *Handbuch Philosopischer Grundgriffe*, München, Kösel Verlag, 1978.

Schaffstein, Friedrich, *Dar Verbrechen als Pflichtveletzung*, Berlín, 1935.

— *Die Nichtzumutbarkeits als allgemeiner übergesetzlicher Schuldasschließungsgrund*, Leipzig, 1933.

Schaudt, Hans U., *Die Zurechnungslehre im gemeinen deutschen Strafrecht des 19 Jahrhunderts*, Diss. Bonn, 1959 (mecanografiado).

Schmidt, Eberhard, *Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung*, N. F., 5 BD, Berlín, 1931, p. 131.

— *Urteilsbesprechung*, Sudeutsche Juristenzeitung, 1949, p. 559.

Schmitt, Carl, *Über Schuld und Schuldarten*, Breslau, 1910.

Schneider, Werner, *Die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*, Diss. Bonn, 1964.

Schröder, Horst, *Vorsatz und Schuld*, MDR, 1950, p. 646.

Schröder, Horst - Schönke, Adolf, *Strafgesetzbuch*, München, 1965.

Schumacher, Oskar, *Um das Wessen der Strafrechtsschuld*, Mannheim, 1927.

Schünemann, Bernard, *Grudfragen des moderns Strafrechtssystems*, Berlín - New York, Walter de Gruyter, 1984.

— *La función de culpabilidad en el derecho penal preventivo*, en "El sistema moderno del derecho en cuestiones fundamentales", Barcelona, Tecnos, 1991.

Schütze, Theodor R., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 2ª ed., Leipzig, 1874.

Schweikert, Heinrich, *Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling*, Karlsruhe, 1957.

Schwinge, Erich, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, Bonn, 1930.

Seelig, Ernst, *Die Schuld im Strafrecht*, en "Annales Universitates Saraviensis. Rechts und Wirtschftswissenschaften", BD 2, Saarbrücken, 1953, p. 3.

Siegert, Karl, *Grundzüge des Strafrechts im neven Staate*, Tübingen, 1934.

— *Notstand un Putativnotstand*, Tübingen, 1931.

Simonson, A., *Der "Mignonette"-Fall in England*, Z. 5, 1885, p. 367.

Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. II, 3ª ed., Bs. As., Tea, 1963.

— *Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso*, 2ª ed., Bs. As., Abeledo, 1929.

Stoos, Carl, *Lehrbuch des österreich Strafrecht, 1. Hälfte*, 2ª ed., Wien, 1912.

Stratenwerth, Günther, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, Madrid, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1980.

Streng, Franz, *Freiheit ohne Schuld*, ZStW 101, 1989.

Sturm, Friedrich, *Seelenzustand und Schuld*, GS 74, 1909, p. 160.

Taylor, Ian - Walton, Paul - Young, Jack, *Criminología crítica*, Madrid, Siglo XXI, 1977.

Temme, J. D. H., *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1876.

Thiemeyer, Jürgen, *Zur Möglichkeit einess erfahrungswissenschaftlich gesicherten Schudbegriffs*, ZStW, 1988, p. 527 y siguientes.

Thierfelder, Rudolf, *Normativ und Wert in der Strafrechtswissenschaft unserer Tage*, Tübingen, 1934.

Tillman, M., *Haadbuch der Katholischen Sittenlehre*, Berlín, 1953.

Tozzini, Carlos A., *Elementos de imputabilidad penal*, Córdoba (Argentina), Lerner, 1991.

Villey, Michel, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976.

Vélez Mariconde, Alfredo, *Tratado de derecho procesal penal*, Córdoba (Argentina), Lerner, 1969.

Von Liszt, Franz, *Die Strafrechtliche Zurechnungsfähigkert*, Z. 17, 1897.

— *La idea de fin en el derecho penal*, tr. E. Aimone Gibson, revisor M. Rivacoba y Rivacoba, Valparaíso, Edeval, 1984.

— *Lehrbuch des Deustchen Strafrechts*, Berlín, 1919.

— *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, vol. 1 (1875-1891), vol. 2 (1892-1904), Berlín, 1905.

Von Liszt, Franz - Schmidt, Eberhard, *Lehrbuch des Deustchen Strafrecht*, Berlín, 1919.

Wachenfeld, Friedrich, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, München, 1914.

Wachinger, Michael, *Der übergesetzliche Notstand nach der neuesten Rechtsprechung des Reichsgerichts*, en "Festgabe für R. von Frank", Bd. 1, Tübingen, 1930.

Weber, Hellmuth von, *Das Notstandsproblem und seine Lösungen in den deutschen Strafgesetzentwürfen von 1919 und 1925*, Leipzig, 1925.

— *Die garantierende Funktion der Strafgesetze*, Deutsche Juristen-Zeitung, 1931.

— *Grundiß des Deutschen Strafrechts*, 2ª ed., Bonn, 1948.

— *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, Jena, 1935.

Weber, Wilhelm, *Zumutbarkeit und Nichtzumutbarkeit alsrechtliche Maßtäbe*, en "Juristen-Jahrbuch", (hrsg.), v. F. G. Erdsiek, 3, BD, 1962/63, Köln, 1962.

Wegner, Arthur, *Schuld*, en "Hardwörterbuch der Rechtswissenschaft", 5 BD, Berlín, 1928.

Welzel, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, 9ª ed., Berlín, 1965.

— *Die deutsche strafrechtliches Dogmatik der letzten 100 jahre und die finale Handlungslehre*, Juristische Schulung, 1966, p. 421.

— *Die Naturrechtslehre*, Berlín, Samuel Pufendorfs, 1958.

— *Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problems*, Z. 67, 1955, p. 196.

— *El nuevo sistema de derecho penal*, Barcelona, Ariel, 1964.

— *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, Karlsruhe, 1961.

— *Geset und Gewissen*, en "Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie".

— *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Aguilar, 1971.

— *Macht und Recht*, en "Fest. für Hugelmann", vol. 2, Aalen, 1959.

— *Naturalismus und Wertphilosophie*, Berlín, 1935.

— *Naturrecht und Materiale Gerechtigkeit*, 1962.
— *Persönlichkeit und Schuld*, Z. 60, 1941, p. 428.
— *Studien zum System des Strafrechts*, Z. 58, 1939, p. 491.
— *Und die finale Handlunslehre*, Tübingen, 1949.
— *Vom Bleibenden und von Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft*, Marburg, 1964.
— *Zum Notstandsproblem*, ZStW, 63, 1951, p. 47 y siguientes.

Wolf, Erik, *Die Nichtzumutbarkeit unter dem Gesichtspunkt ihres Einbaues in das Gefüge der strafrechtlichen Schuldlehre*, Diss. Leipzig, Bleicherode, 1936.
— *Krisis und Neubau der Strafrechts-reform*, Tübingen, 1933.
— *Strafrechtliche Schuldlehre*, Mannheim, 1928.
— *Verbrechen aus berzeugung*, Tübingen, 1927.

Zaffaroni, Eugenio R., *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Bs. As., Ediar, 1989.
— *Tratado de derecho penal*, Bs. As., Ediar, 1984.

Zipf, Heinz, *Introducción a la política criminal*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1979.

La fotocomposición y armado de esta edición se realizó en EDITORIAL ASTREA, Lavalle 1208, y fue impresa en sus talleres, Berón de Astrada 2433, Capital Federal, en la segunda quincena de abril de 1996.